



Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Universidad del Perú. Decana de América

Dirección General de Estudios de Posgrado
Facultad de Derecho y Ciencia Política
Unidad de Posgrado

La protección constitucional del consumidor de los servicios públicos regulados en el Perú

TESIS

Para optar el Grado Académico de Magíster en Derecho con
mención en Derecho Constitucional y Derechos Humanos

AUTOR

José Carlos MALLMA SOTO

ASESOR

Dr. Jaime Victor ZELADA BARTRA

Lima, Perú

2018



Reconocimiento - No Comercial - Compartir Igual - Sin restricciones adicionales

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Usted puede distribuir, remezclar, retocar, y crear a partir del documento original de modo no comercial, siempre y cuando se dé crédito al autor del documento y se licencien las nuevas creaciones bajo las mismas condiciones. No se permite aplicar términos legales o medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otros a hacer cualquier cosa que permita esta licencia.

Referencia bibliográfica

Mallma, J. (2018). *La protección constitucional del consumidor de los servicios públicos regulados en el Perú*. [Tesis de maestría, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Unidad de Posgrado]. Repositorio institucional Cybertesis UNMSM.



Universidad Nacional Mayor de San Marcos

(Universidad del Perú, DECANA DE AMÉRICA)

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

Unidad de Post Grado

ACTA DE GRADO DE MAGÍSTER EN DERECHO

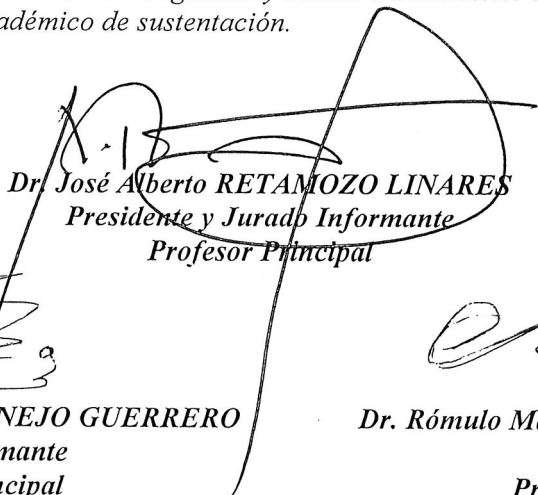
En la ciudad de Lima, a los veintiséis días del mes de octubre del año dos mil dieciocho, siendo las dieciséis horas, bajo la Presidencia del Dr. José Alberto Retamozo Linares y con la asistencia de los Profesores: Mg. Carlos Alejandro Cornejo Guerrero, Dr. Rómulo Martín Morales Hervias, Dr. Jaime Víctor Zelada Bartra, Dr. Edgardo Gonzalo Rodríguez Gómez y el postulante al Grado Académico de Magíster en Derecho con mención en Derecho Constitucional y Derechos Humanos, Bachiller **José Carlos MALLMA SOTO**, procedió a hacer la exposición y defensa pública de su tesis titulada: **"LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DEL CONSUMIDOR DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS REGULADOS EN EL PERÚ"**.


Concluida la exposición, se procedió a la evaluación correspondiente, habiendo obtenido la siguiente calificación:


Alcorno con la Calificación C (Bueno)


A continuación el Presidente del Jurado recomienda a la Facultad de Derecho y Ciencia Política se le otorgue el Grado Académico de Magíster en Derecho con mención en Derecho Constitucional y Derechos Humanos al Bachiller en Derecho **José Carlos MALLMA SOTO**.


Se extiende la presente Acta en tres originales y siendo las diecisiete horas con treinta minutos, se dio por concluido el acto académico de sustentación.


Dr. José Alberto RETAMOZO LINARES
Presidente y Jurado Informante
Profesor Principal


Mg. Carlos Alejandro CORNEJO GUERRERO
Jurado Informante
Profesor Principal


Dr. Rómulo Martín MORALES HERVIAS
Miembro
Profesor Auxiliar


Dr. Jaime Víctor ZELADA BARTRA
Asesor
Profesor Auxiliar


Dr. Edgardo Gonzalo RODRÍGUEZ GÓMEZ
Miembro
Profesor Contratado

La vida es un desafío constante de la tenacidad del hombre, los sueños nos llevan a lo inalcanzable, cada pasos es un reto a nuestras capacidades, y el futuro aunque incierto es una esperanza de tiempos mejores.

Dedico la presente tesis a mis queridos hijos Eduardo, Leonardo y Adriana, a mi amada Esposa Janett, a mis padres Víctor y Elvira, a mis hermanos Nilda, Iskra y Víctor Ivan.

Agradezco por su valioso apoyo y autorizado consejo al Dr. Jaime Zelada Bartra, asesor de Tesis, el Dr. Alberto Retamozo Linares y el Dr. Carlos Alejandro Cornejo Guerrero, Jurados informantes.

ÍNDICE GENERAL

PARTE PRELIMINAR

Carátula

Página de dedicatoria y agradecimiento

Índice general

Resumen

Resumen traducido al idioma inglés

INTRODUCCIÓN

8

ASPECTOS METODOLÓGICOS

i. Situación Problemática

11

i.a. Justificación teórica

13

i.b. Justificación práctica

17

ii. Formulación del Problema

19

ii.a. Problema general

19

ii.b. Problema específico

19

iii. Formulación de las hipótesis

19

iii.a. Hipótesis principal

19

iii.b. Hipótesis secundarias

20

iii.c. Variable independiente

20

iii.d. Variable dependiente

20

iv. Objetivos

20

iv.a. Objetivo general	20
iv.b. Objetivos específicos	20
v. Metodología aplicada	21
v.a. Tipo de investigación	21
v.b. Metodología de la investigación	21
v.c. Instrumentos de la investigación	22

CAPITULO 1: ESTADO DE LA CUESTIÓN

MARCO TEORICO-JURÍDICO

1.1. Antecedentes y/o referencias históricas de la investigación	23
1.1.1. El reconocimiento constitucional de la protección del consumidor en el Perú	23
1.1.2. La Constitución de 1979 y el reconocimiento constitucional del consumidor	25
1.1.3. La Constitución de 1993 y su régimen económico	28
1.1.4. Desarrollo normativo del Derecho del Consumidor en el Perú	35
1.2. Base Jurídica	36
1.2.1. Conceptos esenciales	36
1.2.2. Antecedentes de la investigación	40
1.2.3. La regulación del poder económico en la Constitución	47
1.2.4. La importancia de los servicios públicos como Derechos Humanos	50
1.2.5. Teorías aplicadas	53
1.3. Enfoques socio-jurídicos aplicados en el caso concreto	66
1.3.1. El principio de igualdad y la protección constitucional del consumidor de servicios públicos	66
1.3.2. El servicio público en el Perú	68
1.3.3. El conflicto social de consumo	72

1.3.5. La autonomía constitucional de los reguladores	76
1.3.5. La captura del regulador en el Perú y sus efectos	81
CAPITULO 2: CONTRASTACIÓN DE HIPOTESIS	
2.1. Contrastación de hipótesis principal	88
2.2. Contrastación de hipótesis secundarias	109
2.3. Consecuencias de la Contrastación	121
2.3. Propuesta para la solución del problema	126
2.4. Impacto social de la implementación de la propuesta	130
CAPITULO 3: CONSECUENCIAS	
3.1. Costos de implementación de la propuesta	131
3.2. Beneficios que aporta la propuesta	131
CONCLUSIONES	132
RECOMENDACIONES	134
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	137
ANEXOS	143

RESUMEN

La presente tesis, analiza la protección constitucional del consumidor en las Constitución de 1979 y 1993 y las características del mercado de servicios públicos en el Perú, para establecer las diferencias entre los consumidores de servicios públicos regulados y los consumidores de otros mercados, para medir el nivel de protección que brinda el actual marco constitucional al consumidor de servicios esenciales y proponer una reforma parcial de la Constitución basado en el principio de igualdad que procura trato diferenciado a sujetos de derecho que se encuentra en desigualdad de condiciones.

Para ello, utilizando el método funcional, no solo examinamos los antecedentes normativos y constitucionales del sistema de protección, sino que mediante el estudio de la teoría de la noción de servicios públicos, indagamos en los acontecimiento sociales, económicos y políticos de la crisis del servicio público en el Perú, valiéndonos para ello de información estadística de organismos reguladores y el agente de la competencia (INDECOPI). Además de entrevista a especialista en Derecho Constitucional, Derecho Administrativo y Derecho de Protección al Consumir.

Para finalmente contrastar nuestra hipótesis de investigación a través del procesamiento de la información, lo que nos permite proponer una fórmula de reforma constitucional que postula el reconocimiento de los derechos del consumidor de servicios públicos y la autonomía constitucional de los organismos reguladores.

ABSTRACT

This thesis analyzes the constitutional protection of the consumer in the 1979 and 1993 Constitution and the characteristics of the public services market in Peru to establish differences between consumers of regulated public services and consumers in other markets to measure the level Of protection provided by the current constitutional framework to the consumer of essential services and propose a partial reform of the Constitution based on the principle of equality that seeks differential treatment to subjects of law that is in unequal conditions.

For this, using the functional method, we not only examine the normative and constitutional antecedents of the protection system, but also study the theory of the notion of public services, we investigate in the social, economic and political events of the crisis of the public service in Peru , Using statistical information from regulatory agencies and the agent of competition (INDECOPI). In addition to an interview with a specialist in Constitutional Law, Administrative Law and Consumer Protection Law.

To finally contrast our research hypothesis through information processing, which allows us to propose a constitutional reform formula that posits the recognition of consumer rights of public services and the constitutional autonomy of regulatory bodies.

INTRODUCCIÓN

Cuando emprendimos la idea de hacer esta tesis, era el año 2011, aun nos encontrábamos en la aulas de la maestría de Derecho Constitucional y Derechos Humanos de la Universidad Mayor de San Marcos y recuerdo que en el curso de seminario de tesis I, nos pidieron el tema de tesis, tras pensarlo algunos días opte por la protección constitucional de los consumidores de servicios públicos, los motivos de mi decisión radicaron básicamente en lo expresado por el profesor Carlos Ramos Núñez, en su libro como hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento.

Se trataba pues de desarrollar una investigación en aquello que el investigador está familiarizado y podría llevar a buen término, ya que si uno quiere investigar un tema distinto al que habitualmente realiza por su quehacer profesional o trabajo, corre el riesgo de abandonarlo, por los factores de tiempo, desempeño laboral y recursos bibliográficos e información insuficiente, que terminan por desincentivar al investigador.

Por tanto, la elección del tema de investigación es un aspecto crucial para el éxito de la futura tesis, ya que un buen tema de investigación siempre dice algo de la personalidad del investigador o nos cuenta de su trabajo, sus expectativas y quizás la problemática que observa en su ámbito laboral. Así ocurrió en mi caso, porque mientras estudiaba la maestría cambie de trabajo, dejando de laborar en OSIPTEL para desempeñarme en OSINERGMIN, lo que implicó el cambio de un regulador a otro, ya que ambos eran organismos reguladores de servicios públicos en los sectores de su competencia. Al empezar a trabajar en el OSINERGMIN identifiqué la misma problemática que evidencie en el OSIPTEL donde existía injerencia política y presión de los grupos de interés económico en el regulador y como consecuencia la

desprotección de los consumidores de servicios públicos que se veían afectados por la falta de medidas no acertadas o en otras ocasiones tímidas del regulador que no hacía prevalecer el principio de autoridad en sus supervisados. Durante muchas ocasiones fue testigos de protestas sociales de la población reclamando más y mejores servicios y tarifas razonables.

Todo ello, nos convenció que se requería un cambio, pero debíamos identificar primero las causas de la debilidad institucional de los reguladores que impedía proteger el proceso regulatorio y por ende a los destinatarios del servicios que son los consumidores. Para suerte nuestra la maestría nos dio esas herramientas y pudimos indagar en la raíz del problema que era el marco constitucional, ya que la Constitución Política vigente no reconoce al consumidor de servicios público como un sujeto derecho que debía ser tutelado por recibir un tratamiento diferenciado del consumidor en general que actúan en mercados distintos con características singulares y propias. El ejemplo más palpante de ello, es que mientras el consumidor en general puede elegir entre los bienes y servicios que mejor satisfacen su necesidades porque existir competencia de mercado entre proveedores u ofertantes, el consumidor de los servicios públicos regulados no puede elegir el proveedor del servicio, ya que siendo mercados con monopolio natural no existe competencia, y solo tiene dos opciones recibir el servicio de la empresa prestadora o no contar con el servicio, desde luego la segunda alternativa, es inviable porque implica renunciar a servicios esenciales para la colectividad.

En el año 2012, presentamos el proyecto de investigación, y se nos fue designado como asesor el Dr. Jaime Víctor Zelada Bartra, profesor de amplia experiencia en el Derecho Constitucional Económico y con su valiosa asesoría y recomendaciones al proyecto, fue aprobado el 17 de agosto del 2013, para su ejecución. A partir de esa fecha con los reveses y complicaciones para concluir la tesis en las circunstancias menos auspiciosas, laborando en provincia con un trabajo absorbente y tiempo limitado para investigar y la imposibilidad de acceder a bibliografía especializada, fuimos avanzando nuestra tesis, y como reza el título del libro del Dr. Ramos Núñez, nos fuimos envejeciendo en cierta forma en el intento. A la fecha han transcurrido más de tres años y como resultado del esfuerzo y perseverancia, logramos concluir la tesis, en parte gracias a que en el 2015, tomamos

la decisión de cambiar de residencia a la ciudad de Ica, quien goza de una ubicación privilegiada, cercana a la capital.

Pero también fue gracias a la fortaleza y paciencia, que me transmitió mi familia que es el sostén para todo trabajo académico, en especial a mi esposa e hijos al soportar mis continuos viajes y las ausencias de los días en familia por cambiarlo por días en la biblioteca.

Al final el resultado nuestra tesis elaborado con gran esfuerzo y rigurosidad académica mediante el método científico describe la problemática de los consumidores de servicios públicos y propone como solución una enmienda constitucional, que esperamos contribuya al debate sobre el rol del Estado en los servicios públicos y a la mejora de la calidad de vida de la población mediante el diseño de un sistema de protección del consumidor de servicios público en el Perú que pueda ser replicado en el mundo.

CAPITULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

i. SITUACIÓN PROBLEMÁTICA.

La protección constitucional de los intereses del consumidor en nuestra norma fundamental data de 1979, en que fue reconocida como obligación del Estado por dicha carta en su artículo 110. En aquella época la intervención del Estado en nuestra economía era preponderante y se manifestaba a través de la producción de bienes y prestación de servicios de la empresas públicas, restándole protagonismo a la iniciativa privada; todo esto en el marco de un régimen de economía social de mercado con elementos de economía planificada que permitía la actividad empresarial del Estado como regla general y la reserva de titularidad de ciertas actividades productivas o de servicios a favor de la Administración pública sin distinguir entre servicio público y función pública. .

Es entonces que ciertos servicios de naturaleza esencial o no para la sociedad eran explotados de forma exclusiva por el Estado, denominándose servicios públicos, que fueron gestionadas mayoritariamente por empresas estatales hasta la década de los noventa.

Es con el advenimiento de la Constitución Política de 1993, que se adopta un modelo de libre mercado, liberalizando los mercados de bienes y servicios, privatizando las empresas estatales y concesionando los servicios públicos, con el fin de garantizar su acceso, calidad y continuidad a nivel nacional.

En ese sentido, los servicios públicos regulados como: la electricidad, y telefonía que tradicionalmente eran suministradas por empresas del Estado pudieron ser prestadas por empresas privadas (Edelnor y Telefónica del Perú).

Lo que significó un cambio en la naturaleza jurídica del servicio público, pasando de la relación administrativa entre la Administración y los administrados a una relación privada entre el proveedor y los consumidores.

Y aun cuando la Constitución vigente, reconoce la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios en forma general en su artículo 65, consideramos que dicha protección es insuficiente para los consumidores de servicios públicos regulados, que a diferencia del consumidor de otros productos o servicios que actúan en mercados con vocación competitivos donde el precio y la calidad es fijado por la interacción entre los ofertantes y demandantes (Ley de oferta y demanda).

El consumidor de los servicios públicos regulados se desenvuelve en un contexto adverso para la competencia, donde existe limitaciones a la oferta, por la existencia de fallas de mercado, como monopolios naturales, que justifica la regulación económica del Estado para generar los efectos competitivos en el mercado garantizando el bienestar general, mediante la prestación de servicios públicos accesibles y bajo determinados estándares de calidad a la ciudadanía.

Asimismo, hoy en día nos enfrentamos en nuestro país y el mundo, al fenómeno de los conflictos sociales de consumo, mediante el cual, los consumidores de servicios regulados que no reciben una respuesta oportuna y adecuada a sus problemas, por parte del Estado a través de sus organismos reguladores, asumen la protesta como mecanismo de solución por el debilitamiento y deslegitimación del Estado como titular y garante de los servicios públicos, quien debe asumir un papel preponderante de actuación prioritaria y especial en los servicios públicos como se desprende del artículo 58 de la Constitución.

Además, la Constitución omite reconocer tal diferencia razonable entre los consumidores de servicios públicos regulados y los consumidores de otros mercados, que en aplicación del principio de igualdad, requieren un tratamiento diferenciado en la Constitución por las condiciones diferentes de ambos sujetos de derecho.

Dado que los consumidores de servicios públicos regulados se encuentra en desigualdad de condiciones con los consumidores de otros mercados competitivos, y por tanto existe mayor vulnerabilidad de estos primeros.

Un ejemplo claro de esto, es el derecho a elegir que es parte de la autonomía del consumidor, en los servicios públicos donde existe monopolio natural, el consumidor solo puede elegir entre contar con el servicio o no, ya que al no existir otros proveedores donde trasladar su demanda por insatisfacción con el servicio actual, no tiene otra opción que permanecer o vivir sin ello, lo que no es una alternativa viable por tratarse de servicios que atienden necesidades esenciales, significaría renuncia al agua potable, la electricidad y el gas natural. Algo impensable en una sociedad contemporánea donde requerimos de condiciones materiales mínimas para una vida digna. .

La idea de que todos los consumidores y usuarios somos iguales y por tanto requerimos un mismo tratamiento general y nivel de protección en la Constitución, niega la realidad que demuestra que los consumidores de servicios públicos se encuentra en mayor situación de asimetría frente al proveedor, ya que al verse limitado en sus derechos pueden ser sometidos a condiciones desventajosas que afecten sus derechos fundamentales en perjuicio del interés general.

Es por ello, necesario promover una reforma constitucional que es objeto de la presente tesis, que partiendo del reconocimiento de condiciones desiguales de los dos sujetos de derecho, consumidor de servicios públicos y consumidor de mercados competitivos, brinde un tratamiento diferenciados compatible con la Constitución, dándole una atención prioritario y especial al consumidor de servicios públicos regulados y fortaleciendo la institucionalidad de los organismos reguladores para materializar la actuación principal del Estado de bienestar y función tuitiva y garante de los servicios públicos.

i.a. Justificación Teórica:

Los servicios públicos no solo constituyen prestaciones positivas del Estado de forma directa o indirecta para satisfacer necesidades esenciales de sus ciudadanos, sino que desde un aspecto objetivo, legitiman el ejercicio del Poder Público porque materializa derechos económicos, sociales y culturales.

Por tanto conviene prestar atención prioritaria a la regulación constitucional de los mercados de servicios públicos regulados, no solo porque subjetivamente su prestación constituye la realización de derechos fundamentales sino porque objetivamente el Estado se legitima a través de la provisión directa o indirecta de servicios públicos.

Así las organizaciones políticas, como el Estado surge para asegurar el bienestar a sus ciudadanos, promoviendo la producción de bienes y servicios y, subsidiariamente, gestionan los mismos. Es entonces que la noción de servicio público está implícito en la gestión pública y los fines del Estado.

Según CHEVALLIER y MODERNE “la noción de servicio público, como representación ideológica, logro contribuir a relegitimar al Estado, y por tanto a hacer funcionales sus intervenciones sobre la base de las necesidades de las personas y a través de los anterior, a subordinarlas a una finalidad de “service”, haciendo olvidar el manejo eventual de las prerrogativas del poder público que jamás se encontrarán alejadas del servicio público” ZEGARRA (2005), p. 46.

Por tanto, el concepto de servicio público se encuentra ligado a la personalidad del Estado y la existencia de una necesidad esencial subyacente. Como señala PATRON (1998), p. 99. “Los servicios públicos son actividades que realiza el Estado para cumplir sus fines esenciales en beneficio de la colectividad”. Pero sin caer en la confusión de que toda acción del Estado es un servicio público, ya que se debe delimitar sus alcances diferenciándola de la función pública que son actos propios de imperio del Estado.

Los países con tradición francesa del servicio público como el nuestro, a partir de la segunda mitad del siglo XX experimentaron la denominada crisis del servicio público, por el cual, los elementos que distinguían una servicio público se relativizaron en el escenario de una economía global.

Según la doctrina francesa, el servicio público se caracteriza por tres elementos: a) personal; la presencia del Estado como prestador o gestor y por tanto la titularidad pública de la actividad, b) objetivo; la necesidad general que subyace a la prestación del servicio y c) material; el régimen jurídico exorbitante y especial en que se brinda el servicio.

Para ZEGARRA (2005), p.74 “El servicio público como una actividad de interés general gestionada por una persona pública y sometida al Derecho administrativo, ha pasado a ser una actividad de interés general, que puede ser gestionada por una persona privada, la que es investida y controlada por una persona pública y que puede someterse, sea al Derecho administrativo o sea al Derecho privado.

Es entonces que podemos afirmar, que ese cambio gestado al interior de la noción del servicio público, a raíz de la menor intervención del Estado en la economía, por el cual algunos elementos constitutivos clásicos de esa categoría se ven relativizados no significa la desaparición del servicio público sino sólo su restructuración, pasando el Estado de prestador a regulador del servicio.

Esa nueva configuración es conceptuada por BARRA, para quien el servicio público es un instituto jurídico tendiente a garantizar que la actividad por él regulada sirva para la plena satisfacción de las prestaciones exigidas por los administrados. (KRESALJA, (1998) Revista Themis N° 39, p. 45).

SOUVIRON (1998), p. 113, tratando de identificar las causas de la crisis del servicio público señala “una de las primeras crisis de la noción clásica de servicio público es aquella que se produce como consecuencia de la expansión del Estado como prestador de servicios, ya que la Administración, con el propósito de satisfacer el interés general, comienza a desarrollar actividades de naturaleza económica y sujetas al Derecho privado, de tal forma que la ecuación característica de dicho concepto amplio – entre actividades administrativas de interés general, régimen administrativo exorbitante del común y servicio público, entró en quiebra y con ella el propio concepto de servicio público”. Coincidimos con la opinión, de que la crisis se originó producto de la excesiva intervención estatal, en momentos en que se distinguía al servicio público, en razón de la persona pública que la gestionaba, lo cual llevó al Estado prestar servicios de naturaleza privada que no interesaban al interés general, trayendo como consecuencia que actividades comunes sean de titularidad del Estado.

En nuestro país, ello generó que el Estado prestará servicios que bien podían brindar los particulares en régimen de competencia como los cines y todo ello, contribuyó a la elephantiasis del Estado, que terminó sucumbiendo a finales de la década del 80 por la hiperinflación y crisis económica. Es a partir de ese punto de quiebre que el Estado

peruano trata de redefinirse con la liberalización de mercados y privatización de empresas públicas y concesión de servicios públicos.

Pero esa nueva realidad trajo nuevos retos al Estado, ya que si bien ya no era prestador o gestor de los servicios públicos concesionados, se requería su presencia porque como garante del servicio, había la necesidad de regular el comportamiento de los agentes económicos para que no abusen de los consumidores.

Por tanto, surge los organismos reguladores de servicios público quienes no sólo tenía la facultad de garantizar la continuidad del servicio y facilitar paulatinamente el acceso universal sino que debía supervisar, fiscalizar y sancionar a los proveedores de servicios públicos si incumplían la regulación establecida en favor del equilibrio del mercado donde también se salvaguardaba los intereses del consumidor.

Sin embargo, la realidad ha sido otra, los organismos reguladores que tiene un origen legal más no constitucional representan una solución técnica para tratar de corregir las fallas y asimetrías de los mercados de servicios públicos, pero muchas veces la forma del nombramiento de sus directores, la influencia de los grupos de interés como el gobierno, las empresas pero más no los consumidores ha menoscabado su autonomía.

Como resultado hoy por hoy no tenemos organismos reguladores fortalecidos y con legitimidad ante la ciudadanía que se sientan protegidos por esas entidades públicas, por el contrario en circunstancia donde se ha requerido su protagonismo como los conflictos sociales de consumo, se ha denotado su subordinación al poder político.

Es así, que necesitamos cerrar el círculo en la protección constitucional del consumidor de servicios públicos regulados, porque, si por una parte los servicios públicos objetivamente representan una obligación del Estado cuya atención principal se debe manifestar en fortalecer constitucionalmente los órganos a cargo de la regulación económica y a su vez, se necesita reconocer el derecho fundamental del consumidor de servicio público con su diferencias u singularidades para otorgarle un protección constitucional acorde a la realidad que nos toca hoy enfrentar, donde las empresas transnacionales dominan la economía global y donde no basta el Estado regulador, sino que el consumidor debe involucrarse en las políticas regulatorias con

una participación activa que permita equilibrar la influencia de los demás grupos de presión e interés.

i.b. Justificación Práctica:

Aun cuando la presente tesis tiene una base teórica profusa sobre la protección constitucional del consumidor de servicios públicos en el Perú, no solo basta el diagnóstico, sino una propuesta para mejorar la Constitución y hacerlo acorde a los cambios que demanda el mercado y el bienestar general de la ciudadanía.

La justificación práctica la podemos encontrar en dos fenómenos que se dan en el actual sistema de protección constitucional general del consumidor: a) Los conflictos sociales de consumo, y b) La captura del regulador.

La falta de un reconocimiento explícito del consumidor de servicios público en la Constitución, impide un tratamiento diferenciado que es necesaria por las condiciones de mercado distintas donde actúan con relación a los consumidores de sectores competitivos.

Asimismo, una protección constitucional orientada a la atención de los sectores más vulnerables implica que el Estado fortalezca la autonomía de la institucionalidad que está llamada a salvaguardar, así es necesario el reconocimiento constitucional de los organismos reguladores de servicios públicos para evitar su captura frente a los grupos de interés e independencia de sus directivos en la toma de decisiones que beneficien a todos.

Para enfrentar los conflictos sociales de consumo que son un fenómeno reciente en nuestro país, se requiere ambos factores bien definidos, ya que a partir del reconocimiento constitucional del consumidor de servicios públicos regulados se podrá promover un desarrollo legislativo que sea capaz de definir, reunir y sistematizar adecuadamente los derechos de estos consumidores y los obligaciones de los proveedores, evitando la dispersión de la profusa normatividad sectorial que agudiza la asimetría en vez de revertirla. Con normas claras y sumadas a ello el fortalecimiento de la autonomía institucional de los reguladores con los incentivos necesarios de los directivos para hacer valer su independencia se podrán adoptar decisiones que permitan resolver los problemas de los consumidores antes que se conviertan en conflictos sociales.

Así SANGUÉS (2014), pp. 738-739, identifica 4 objetivos de la política gubernativa de protección de los consumidores en la Constitución Argentina:

- a) Organizar la educación para el consumo.
- b) Defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados y control de los monopolios naturales y legales.

Del cual me interesa destacar los dos últimos porque considero que son particulares de la protección constitucional de los consumidores de servicios públicos:

- c) Calidad y eficiencia de los servicios públicos, esta meta fue definida como el destino final de los derechos del consumidor, dentro de pautas de regularidad, continuidad y eficacia y en cuanto los bienes, la utilidad, durabilidad y fiabilidad.
- d) Constitución de asociaciones de consumidores y usuarios, la promoción estatal de estas entidades se explica a tenor del referido por el despacho mayoritario, por la timidez congénita o marginalidad de vida en algunas personas, ante lesiones que sufren y que por tratarse de un solo producto no parecen importantes. De ahí la necesidad de agrupar a los usuarios para viabilizar sus quejas y accionar después.

Aquí debemos acotar que la calidad y la eficiencia en mercados con vocación competitivos no son objetivos gubernativos porque se suele llegar a ellos porque tanto consumidor y proveedor tiene los incentivos para llegar a ellos, mediante la interacción oferta-demanda sin requerir la intervención del Estado, lo que no ocurre en los mercados de servicios públicos donde tales factores debe ser definitivos ex ante a la relación de consumo.

También, debemos tener en cuenta que las asociaciones de consumidores que son iniciativas de asociatividad que surgen de forma espontánea por la necesidad de empoderar al consumidor, también tendrá sus rasgos singulares en el caso de asociaciones de consumidores de servicios públicos regulados, ya que los objetivos que definan a ambas organización es en función a los interés que persiguen. Así, la asociación de consumidores de servicios públicos regulados debe estar más involucrados en la participación de los procesos regulatorios, siendo su labor ex ante

mientras que las asociaciones de consumidores de sectores competitivos actúan de forma ex post.

En resumen la importancia o utilidad práctica de la presente tesis radica en proponer: a) un nuevo marco constitucional de protección de los consumidores de los servicios públicos regulados que reconozca las características singulares de dichos mercados y por tanto proteja de mejor forma los derechos fundamentales de los consumidores frente a un mercado adverso a la competencia, y; b) Se reconozca la autonomía constitucional de los organismos reguladores dado las características del mercado y la mejor protección de los derechos e interés de los consumidores.

ii. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.

ii.a. Problema General:

¿Por qué los consumidores de los servicios públicos regulados requieren una protección especial en la Constitución Política del Perú?

ii.b. Problemas Específicos:

1. ¿En qué medida existe desprotección de los consumidores de los servicios públicos regulados en el actual marco constitucional?
2. ¿Por qué se requiere un marco constitucional de protección que distinga entre consumidores de productos ordinarios y consumidores de servicios públicos regulados?
3. ¿En qué medida la constitucionalización de los organismos reguladores contribuirá a una mejor protección de los consumidores de los servicios públicos regulados?

iii. FORMULACIÓN DE LAS HIPÓTESIS.

iii.a. Hipótesis Principal:

Las características singulares del mercado de servicios públicos regulados ameritan una protección especial en nuestra Constitución Política.

iii.b. Hipótesis Secundarias:

1. Existe desprotección de los consumidores de servicios públicos regulados por que el actual marco constitucional aplica una igualdad en la ley a sujetos de derecho en desigualdad de condiciones.
2. Un marco constitucional que distinga la protección de los consumidores de servicios públicos regulados de otros, reconocería la singularidad del mercado y las características propias del acto de consumo en los servicios esenciales para una mejor regulación constitucional y legal que evite los conflictos sociales de consumo.
3. La constitucionalización de los organismos reguladores mejorará la protección de los consumidores de servicios públicos al garantizar la autonomía de estas entidades y evitar su captura por los grupos de interés.

iii.c. Variable Independiente:

- Los servicios públicos regulados

iii.d. Variable Dependiente:

- La protección constitucional del consumidor

iv. OBJETIVOS.

iv.a. Objetivo General:

Proponer un nuevo marco constitucional de protección de los consumidores de servicios públicos regulados en el Perú.

iv.b. Objetivos Específicos:

- Determinar la necesidad de protección especial de los consumidores de servicios públicos regulados.
- Identificar las principales características del mercado de servicios públicos regulados en el Perú.
- Proponer las reformas constitucionales que posibiliten una protección adecuada de los consumidores de servicios públicos en el país.

- Identificar y analizar los problemas y omisiones en la protección de los consumidores de servicios públicos regulados que presentan los regímenes económicos de la Constitución de 1979 y 1993.

v. METODOLOGÍA APLICADA.

v.a. Tipo de investigación:

Como señala RAMOS (2005), p.100., la investigación científica no es otra cosa que una indagación orientada, con propósitos definidos, que se emprende para obtener conocimientos nuevos.

En tal sentido, la presente tesis es de tipo **socio- jurídica** conforme la Directiva sobre lineamientos metodológicos para la elaboración de la tesis para la obtención de grado magister y doctor en Derecho emitida por la Unidad de Derecho de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos del 2017.

v.b. Metodología de la Investigación:

La metodología es un conjunto orgánico de procedimientos, a través de los cuales: a) se plantean los problemas científicos, y; b) se ponen a prueba las hipótesis científicas. Así, el método se acerca al Derecho en dos momentos cruciales: cuando se le investiga y cuando se le interpreta. RAMOS (2005), pp.100-101.

Por lo que, para la presente investigación hemos recurrido al método de investigación jurídica:

El método funcional: El método funcional en Derecho parte de la constatación de que el sistema jurídico está repleto de conceptos que no pueden ser definidos en términos de experiencia y verificación, pero de lo que fluyen empíricas de todo tipo. El centro del análisis funcional reposa en el hecho en sí en la medida en que se le clasifica, se descubre su génesis y se indaga sobre su naturaleza concreta. Según los funcionalistas “una cosa es lo que ella hace”, es decir que consecuencias prácticas podría derivarse de una construcción lógica, como funciona una propuesta conceptual en la arena de los hechos. Una tesis funcionalista parte normalmente de una base empírica, Su objeto es la realidad social relevante de un comportamiento individual o colectivo. Las tesis funcionales se preocupan la trama del interés

político, económico o ideológico que subyacen a la formulación, interpretación y aplicación de las normas e instituciones jurídicas. RAMOS (2005), pp.106-107.

Debemos proponer la norma jurídica como objetivo de nuestro estudio porque esta y no otra es la materia del Derecho; pero debe quedar bien claro que este es un objeto inteligente, no un objeto sensible y que no podemos llegar a su conocimiento sino a través de la observación y la elaboración de los actos. (...) Observe las normas vivas, es decir observarlas en su acción, es decir cuando son obedecidas o desobedecidas, es decir realizadas. Porque no se conoce la realidad ni del presente ni del pasado a través de la ley, sino a través de manifestaciones vivas. RAMOS (2005), pp.107-109.

En suma, el método funcional no se agota en explicar la existencia y características del fenómeno jurídico-social, sino que busca desentrañar para qué sirve y cómo funciona.

v.c. Instrumentos de la investigación:

Como instrumentos de investigación de la presente tesis tenemos:

- **Estudio de la literatura.-** Para el estudio de la literatura hemos recurrido a bibliografía especializada sobre la materia obtenidas de diferentes fuentes como la Biblioteca Nacional, Biblioteca la UPG-Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Universidad del Pacífico.
- **La entrevista.-** Hemos efectuado y recabado entrevistas a abogados especialistas en Derecho Constitucional, Derecho del Consumidor y Regulación de Servicios Públicos para contrastar nuestras hipótesis de investigación. (Ver Anexo 1).
- **La información estadística.-** Hemos accedido a la información estadística institucional del INDECOPI y los organismos reguladores de servicios públicos para cotejar el grado de protección que brinda a los consumidores de servicios públicos regulados el actual marco constitucional.

CAPITULO 1:

ESTADO DE LA CUESTIÓN

MARCO TEORICO-JURÍDICO

1.1. ANTECEDENTES Y/O REFERENCIAS HISTÓRICAS DE LA INVESTIGACIÓN

1.1.1. El Reconocimiento Constitucional de la Protección del Consumidor en el Perú:

En nuestra historia constitucional siempre ha existido el sentido tuitivo de la protección del más débil en las relaciones jurídicas. Las constituciones de corte conservadora y liberal de la segunda y primera mitad del siglo XIX y XX respectivamente, se han caracterizado por la incorporación de una concepción económica en el marco político normativo del país, el advenimiento de la revolución industrial y sus consecuencias ha generado las condiciones para que concepto como libertad de trabajo, empresa, comercio e industria, libre iniciativa privada y economía social de mercado se asentarán en la constitución histórica.

Así, el artículo 22 y 27 de la Constitución de 1867 ya contemplaba la libertad de industria, profesión y libertad de asociación como un derecho constitucional inherente a la ciudadanía. Mientras que la Constitución de 1920 en sus artículos 37, 45 y 46, consagro los derechos a la libertad de asociación, contratación, comercio, industria y trabajo. Los cuales también son reconocidos también en la Constitución de 1933 en sus artículos 27, 40 y 42.

En la Constitución de 1933, se estableció el Consejo de Economía Nacional, que era un consejo técnico de cooperación que estaba conformado por un representante de la población consumidora, el capital, el trabajo y las profesiones liberales que viene a constituir un antecedente del Consejo Nacional de Protección al Consumidor.

Pero es con el influjo neoliberal que surgió en la década del noventa, tras la caída de la Unión Soviética y la bipolaridad ideológica, que abrió camino hacia la apertura de mercados, en este contexto nuestro país, acogió bajo la fórmula de economía social de mercado, una postura de libre mercado, teniendo como eje principal de todo el proceso productivo al consumidor y sustituyendo al Estado en ese rol.

Dicha situación se puede apreciar en el desarrollo constitucional al observar la carta magna de 1979 que en su artículo 110 establece por primera vez la defensa de los intereses de los consumidores. Pero sin darle una institucionalidad, estructura orgánica ni establecer una política pública que coadyuve a su desarrollo. Con la promulgación de la Constitución Política de 1993, se da una mayor importancia al derecho del consumidor en un contexto de apertura al mercado y libre competencia al señalar el artículo 65 y 68 que el Estado vela por los intereses los consumidores y usuarios y la libre competencia de los agentes en el mercado.

Como es de apreciar las instituciones y normas constitucionales surgen del devenir histórico de su tiempo, donde la suma de los presupuestos de hecho da como resultado la consecuencia normativa, por su necesidad de regulación, como la liberalización de los mercados dieron paso a la consagración constitucional de los derechos del consumidor.

Sin embargo, mucho antes que el Estado reconociera al consumidor como eje central del mercado por ser el motor del proceso productivo, se introdujo el concepto de servicio público en nuestra legislación pero con una fuerte influencia de derecho público, ya que se entendía ella como una relación entre Administración Pública y administrado, por ser el Estado quien brindaba estos servicios al ser de necesidad pública.

En el siglo XX, existe cuatro etapas del desarrollo de los servicios públicos en el Perú, a) Confusión entre servicio público y función pública, en primer orden el gobierno nacional asume la gestión directa de los servicios públicos y califica toda actividad desarrollada por el Estado como ésta, como titular y a su vez garante de la prestación del servicio, promoviendo su reorganización y desarrollo, creando “monopolios estatales”. b) Municipalización de la gestión, a mitad del s. XX, se efectuó el traspaso de la prestación de servicios de carácter local a las municipalidades. c) Estatización de los servicios de interés público y nacionalización de empresas privadas. Luego entre los años 60 y 70, se dio paso a la gestión de

fórmulas societarias que implicaba la creación de una persona jurídica autónoma pero que permanecía en el ámbito estatal. Esto constituye la antesala al surgimiento de las empresas estatales. En esta etapa se llega a considerar servicio público incluso aquellas actividades que podrían ser mejor gestionadas en régimen de competencia y apertura al mercado. d) Liberalización de mercado y privatización de empresas públicas, a principio de los 90 debido a la ineficacia de la gestión de los servicios que había generado el intervencionismo estatal se promueve las fórmulas de concesión de servicios y privatización de las empresas estatales limitando la intervención pública a labores de concesión, regulación y supervisión, con lo que cambia la relación de servicios públicos de Estado-ciudadano a empresa concesionaria – usuario.

Sin embargo, ese desarrollo legislativo del servicio público en el Perú no ha trascendido a la Constitución en gran parte debido a la cláusula o principio de subsidiariedad que limita la iniciativa pública en la Constitución de 1993, ya que a nivel constitucional el usuario de servicios públicos a diferencia del consumidor no ha tenido un reconocimiento ni protección específica, aun cuando se requiere por sus características singulares e indefensión en el mercado.

El constituyente en el artículo 58, define el rol del Estado en los servicios públicos en el marco de una economía social de mercado como de actuación principal, esto implica que la organización del Estado asume una obligación activa de garantizar y proveer estos servicios a su ciudadanía y no únicamente de crear las condiciones para el surgimiento de la oferta en el mercado como ocurre con los otros servicios.

1.1.2. La Constitución de 1979 y el Reconocimiento Constitucional del Consumidor:

Al remontarnos a la Constitución histórica del Perú, siempre el constituyente ha incorporado normas constitucionales tuitivas de protección de los sujetos de derecho sometidos a una desventaja material en la sociedad como el reo, el trabajador, la madre, el niño y el consumidor.

Como reza nuestra Constitución de 1823 en su preámbulo *“En nombre de Dios, por cuyo poder se instituyen todas la sociedades y cuya sabiduría inspira justicia a los legisladores, nos, el Congreso Constituyente del Perú en ejercicio de los poderes que han sido conferido los pueblos a todos y cada uno de sus representantes, para afianzar sus libertades, promover su felicidad (el subrayado es nuestro), y*

determinar por una ley fundamentales el gobierno de la Republica, arreglándonos a las bases reconocidas y juradas, decretamos y sancionamos la siguiente Constitución”.

Siendo la obligación del Estado, afianzar las libertades y promover la felicidad de sus ciudadanos eso implica desde la perspectiva de un Estado social donde se enmarca la Constitución del 1979 materializar los derechos o dotar a sus titulares de mecanismos para ejercer esas libertades y prerrogativas reconocidas en la Constitución. Si bien toda carta política es producto de su tiempo sus alcances no están supeditada a los objetivos de sus creadores, su vigencia depende de la voluntad política y rumbo histórico de una nación ya que una Constitución cae en desuso cuando sus principios e ideales no están en consonancia con la nueva misión y visión de país. Sin embargo, la trascendencia histórica es un asunto aparte, es decir, aquella vocación de perpetuar en el tiempo los preceptos normativos e internalizar en la conciencia jurídica colectiva los valores de la norma fundamental y que sirvan de guía para el futuro aun cuando la Constitución no esté vigente e incluso se avizore en su texto sucesos futuros, eso sólo es posible mediante una Constitución Viva por decirlo latente por su prolija capacidad de interpretar la realidad nacional, no sólo en su momento histórico, sino de converger en ella la problemática del país y la necesidad de darle un rumbo claro con institucionalidad, seguridad jurídica y concesión de derechos fundamentales a sus ciudadanos.

En ese sentido, es especial el momento histórico en que fue dada la Constitución de 1979, estábamos al término de una dictadura militar, cuando el mundo yacía polarizado por la guerra fría y los Estados tenían la necesidad de alinearse hacia una de estas dos ideologías, el preámbulo de la Constitución del 79 es grafica en el pensamiento de los constituyentes y el futuro patrio que vislumbra:

“Nosotros, Representantes a la Asamblea Constituyente, invocando la protección de Dios y en ejercicio de la potestad soberana que el pueblo del Perú nos ha conferido: (...)

*DECIDIMOS a promover la creación de una sociedad justa, libre y culta, sin explotados ni explotadores, exenta de toda discriminación por razones de sexo, raza, credo o condición social, **donde la economía esté al servicio del hombre y no el hombre esté al servicio de la economía; (el subrayado es nuestro)** una sociedad*

abierta a formas superiores de convivencia y apta para recibir y aprovechar el influjo de la revolución científica tecnológica, económica y social que transforma el mundo.”

Para Víctor GARCIA TOMA, la inserción de las normas de protección al consumidor a nivel constitucional tiene sus antecedentes en la Constitución portuguesa de 1976, la española de 1978, la brasileña de 1988 y la paraguaya de 1992 (GARCIA, V. 1998, p. 142).

Cuando la Constitución del 79 reconoce en su artículo 110 la defensa de los intereses de los consumidores, tal enunciado resulta extraño ya que no nos encontrábamos a diferencia de Estado Unidos a mediados de siglo XX en un auge del consumerismo, otro era el panorama en nuestro país, la economía en su gran mayoría estaba copada por inversión pública, había un incipientes mercados de bienes y servicios brindado por particulares y las empresas públicas creada en el gobierno militar dominaban la producción, más que consumidores había un clientelismo de la administración pública, es decir el ciudadano era dotado por el Estado de determinados bienes y servicios creándose una relación que más que comercial era administrativa, entonces, como el Estado podía materializar el enunciado de la carta fundamental que velaba por los intereses del consumidor, cuando no existía la condiciones para que tal sujeto cobre protagonismo en el escenario de la economía nacional. Un consumidor sin mercado es como un pez sin agua no puede subsistir sin que esté en su elemento. Sin embargo, cierto es también que toda Constitución significa una nueva fundación del Estado y un compromiso para el futuro, que muchos de su postulados buscan enfatizar en forjar un proyecto de país no solo reflejar la realidad. Así que en ese orden de ideas la Constitución del 79 pretende adelantarse a su tiempo y sentar los cimientos para que nuevos protagonistas asuman las riendas del desarrollo económico, ya que las formulas intervencionistas estaban agotando los recursos públicos, endeudado al país, burocratizado la producción y provisión de servicios y creado un Estado mamut, demasiado grande para sortear con éxito los vaivenes de la economía mundial.

Si por una parte un mérito del artículo 110 fue sentar cimientos para una futura liberalización de la economía, sus principales críticas son los artículos que le suceden en el régimen económica, una lectura de la Constitución Económica requiere una

interpretación sistemática para entender de qué forma encajan cada una de las instituciones en el proyecto país que aspira el Constituyente.

La turbulencia ideológica en que está sumida los artículos del régimen económico de la Constitución de 1979, demuestra el difícil momento histórico que se afrontaba y la pugna entre quienes querían persistir con el modelo de economía planificada de gobiernos socialistas y aquellos que se inclinaban por el neoliberalismo económico propio del modelo capitalista. Al final el texto es una concesión a ambas partes que no termina de ensamblar un concepto con otro ya que muchas veces son antagónicos, así por ejemplo la libre iniciativa privada Vs. Libre iniciativa pública donde el Estado está autorizado a una desleal competencia con los particulares, también la facultad del Estado de reservarse actividades productivas o de servicios en desmedro de los derechos de los privados disfrazadas en fórmulas de interés social y seguridad nacional cuya ambigüedad a la postre servirían para condenar al Estado a la banca rota.

En suma, aun cuando el reconocimiento del Derecho del Consumidor se haya dado a nivel Constitucional por primera vez en nuestro país en la Carta Magna de 1979, esta no resulto siendo institucionalizada ni ejercida por sus titulares, por la relación administrativa en la provisión de bienes y servicios entre el Estado y sus ciudadanos, la falta de condiciones para el desarrollo de mercados donde el consumidor sea el protagonista en el juego de la oferta y la demanda, por ende también el impulsor de la producción y crecimiento económico.

1.1.3. La Constitución de 1993 y su Régimen Económico:

Como hemos señalado toda lectura al régimen económica de una Constitución no puede hacerse de forma aislada, sino que requiere una análisis de los elementos que la componen.

Al respecto, el artículo 65 de la Constitución de 1993 cuando reconoce la defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, no hace más que configurar el escenario de una economía de mercado y sus protagonistas, así tenemos que por el lado de la oferta se establece en el artículo 58, 59, 60, 61 y 63, la libre iniciativa privada, las demás libertades económicas, el pluralismo económico y la libre competencia. En consecuencia el consumidor que es el elemento que hace posible la demanda, viene a complementar ese escenario, ya que no es posible dar sólo derecho

a los vendedores sino también es necesario dotar de prerrogativas a los compradores que a fin cuenta inician y cierran el círculo económico logrando así un balance o equilibrio en el ámbito económico.

Por otra parte, el medio donde se desenvuelve o interactúan esos dos elementos también requería un reconocimiento, es así, que el artículo 62 mediante la denominada libertad de contratar establece el contexto de libertad propia de la economía social de mercado donde ambas partes puedan pactar lícitamente y obligarse mutuamente a una relación de consumo.

En tal sentido en el Diario de Debates de la Constitución de 1993, (Tomo III, p. 2259), al hacer uso de la palabra el representante Flores Araos señala: “Sabemos perfectamente que no se puede aplicar una economía social de mercado si no hay un mercado. Y un mercado es libertad; libertad de fijar precios, pero no de concertarlos entre los mismos productores, abastecedores o proveedores de servicios en contra de los más, que son los consumidores”.

Una lectura distinta pero afín nos llevaría afirmar que lo que el Constituyente del 93 pretende en el régimen económico es establecer los principios rectores que una economía neoliberal debe tener como: protección de la propiedad privada, seguridad jurídica con reglas de juego claras, respeto de los contratos y la responsabilidad por daños, estos con el afán de atraer inversionistas en épocas donde era necesario reactivar la economía mediante la inversión privada, pero como interviene aquí el consumidor, el rol de estos sujetos era clave para los objetivos de superar la hiperinflación y lograr un crecimiento económico sostenido, le correspondía al consumidor en principio agrupar los esfuerzos de la demanda interna que haga atractivo para cualquier inversionista emprender empresa en el país, pero para evitar que los incentivos a los inversionistas terminen asfixiando a los consumidores, que a la larga conviertan los deseos de superar los problemas económicos del país en un capitalismo salvaje con abusos a los compradores, era necesario el reconocimiento de los derechos del consumidor como límites a las prerrogativas del proveedor. Lo que termina convirtiéndose en una especie de peso y contrapeso del poder privado, ya que si existe la posibilidad que el privado en la relación de consumo abuse del consumidor se le debía dotar de garantías y derechos que impidan ese escenario.

La Constitución del 93 en ese cometido es una expresión de la aspiración que señala el jurista MARCIAL RUBIO CORREA, “Una de las dimensiones más importantes

de la economía social de mercado es la lealtad al consumidor, en la medida que el último destinatario de las transacciones es él. Dificilmente habrá un mercado confiable y en expansión si el consumidor queda a merced del poder de quienes producen y distribuyen”.

Asimismo, el citado jurisconsulto sobre el artículo 65 de la Constitución afirma “En una economía de mercado es muy importante la defensa del interés de los consumidores sobre todo exigiendo que estén adecuadamente informados de los productos disponibles para su adquisición, de manera que puedan elegir con mejor conocimiento de causa entre las alternativas disponibles. (RUBIO, M. 1999, p.195).

En ese sentido, GARCIA TOMA (1998), afirma que “la Constitución actual ha suprimido el control de la llamada “eficiencia empresarial”, contenido en la anterior Constitución, y lo ha sustituido por el control del producto o del usuario mediante dos acciones:

- a) La acción estatal
- b) La gestión del propio consumidor o usuario; ello como consecuencia de una decisión razonada, previa información acerca de la naturaleza, propiedades, características, etc. del producto servicio que se quiere utilizar.

Por otra parte, una idea siempre presente en la Constituciones de nuestro país que no es ajena a la carta de 1993 es el concepto de servicio público, ya que nuestro Estado es heredero de una tradición francesa del servicio público con la presencia del poder público, al respecto en la constitución histórica siempre ha estado presente la idea de servicio público como obligación del Estado, así tenemos la Constitución de 1920 que en su artículo 57° prescribe que “En circunstancias extraordinarias de necesidad social se podrá dictar leyes o autorizar al Ejecutivo para que adopte providencias tendientes a abaratar los artículos de consumo para la subsistencia, sin que ningún caso se pueda ordenar la apropiación de bienes sin la debida indemnización”.

A su vez, el artículo 38° de la Constitución de 1933 estableció “El Estado puede, mediante una ley, tomar a su cargo o nacionalizar los transportes terrestres, marítimos, fluviales, lacustres, aéreos, u otros servicios públicos de propiedad privada, previa indemnización y de conformidad con las leyes existentes”.

Para KRESALJA (2012) La defensa y protección jurídica de los consumidores y usuarios tienen en nuestros días un carácter horizontal o interdisciplinario y concierne a muchos sectores del ordenamiento jurídico, esto es, las normas de

protección pueden pertenecer al ámbito constitucional, administrativo, penal, procesal y civil. Y es así porque enfrenta o, mejor dicho, trata de resolver el conflicto de intereses que se produce entre el interés público y el interés privado de los empresarios. En ese sentido también haciendo referencia a Polo que el concepto esencial del cual arranca toda problemática jurídica de la protección al consumidor reside en la noción de libertad contractual como palanca suprema de toda la vida social y jurídica que domina por entero la formación del contrato.

Según KRESALJA (2012) el artículo 65 establece un principio concreto: la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios como obligación del Estado, lo que es un reconocimiento a la posición preeminente y de tutela del Estado en esta materia. Pero a su vez es también un mandato para el legislador, que puede y debe manifestarse en una variedad de normas de desarrollo, sean leyes generales o específicas. El citado autor manifiesta que al señalar:

El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios, se obliga a asumir una posición proactiva y protectora en esta área como principio rector de la actuación del Estado respecto a toda actividad económica.

Para efectuar esa defensa garantiza, fundamentalmente, el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran en el mercado lo que significa combatir la publicidad engañosa y otros falsos reclamos de los empresarios para atraer clientes.

Vela en particular, sin carácter excluyente, por los derechos de salud y seguridad de la población.

Por último se consagra un derecho subjetivo de los consumidores y usuarios de defenderse en los casos de transgresión o desconocimiento de sus legítimos intereses, y así exigir al Estado una actuación destinada a la protección de los mismos.

Para KRESALJA la protección a los consumidores y usuarios debe respetar el marco constitucional económico. Lo que tiene un doble sentido, primero porque el mantenimiento del sistema económico constitucional es ya de por sí una defensa indirecta a los consumidores y usuarios, pues el desajuste que se podría producir en el mismo deberá ser corregido por otro conjunto de normas, entre ellas la dirigidas a defender una competencia libre y leal. Y, de otro, porque la regulación de la defensa del consumidor no puede ir contra los principios constitucionales configuradores del modelo económico.

Pero que ocurre cuando tales condiciones de libre y leal competencia no está establecido de antemano como un presupuesto en el mercado, me refiero a los mercados de servicios públicos que son entornos donde los usuarios están limitados en su libre elección y donde hay posibilidad de trasladar la demanda en caso de insatisfacción a otro proveedor, donde existen mayores incentivos del proveedor para aprovechar esa status de cautividad de consumidor, desde luego, la reglas de protección o el nivel de protección estatal requieren ser diferente en esos casos.

Para el precitado autor la obligación del Estado de defender los intereses de los consumidores y usuarios mediante procedimientos eficaces no es solo utilitaria, sino que debe ser equilibrada; esto es, tomando en cuenta a todos los participantes en el mercado y acorde con los principios inspiradores del Estado social y democrático de derecho.

Sobre la defensa de los consumidores y usuarios, GUZMÁN, Ch. (2015), señala “la norma distingue entre consumidores y usuarios a fin de sentar que el usuario es un consumidor especial, puesto que hace uso de un servicio público”.

Asimismo refiere que al amparo del artículo 65 de la Constitución, (...) el Tribunal Constitucional (STC N° 0008-2003-AI/TC, f. 32 y 3315-2004-AA/TC, f. 9-10) ha reconocido dichos derechos de configuración legal dentro de los atributos contenidos en el artículo constitucional antes señalado, el mismo que se considera que genera una lista abierta de atributos de los derechos de los consumidores, sin limitarse a lo establecido expresamente por la Constitución.

Según GUZMÁN, Ch (2015), la principal diferencia entre la defensa de la competencia y la protección al consumidor estriba, no obstante que ambas propenden a un mejor funcionamiento del mercado, en el objeto al cual se aplican. La primera protege el mercado en abstracto, siendo como resultado un beneficio integral, respecto de los consumidores, proveedores y el mercado en su conjunto. La segunda se enfoca en el consumidor como categoría, siendo el efecto sobre el mercado más bien indirecto, pero no por ello menos importante.

Sobre la regulación de servicios públicos, una mirada rápida al artículo 58 de la Constitución nos permite observar que una de las áreas prioritarias donde está obligado a actuar principalmente el Estado es los servicios públicos.

Según GUZMÁN, 2015, p. 422, el servicio público no es otra cosa que una actividad creada y controlada para asegurar la satisfacción de las necesidades colectivas de

interés general y de carácter material, económico y cultural, sujeto a un régimen de derecho público y sometido a una regulación intensa.

Asimismo señala que este servicio es técnico y ofrecido al público de manera regular y continua; aunque debemos reconocer que su contenido y los modos de gestión a utilizarse han ido variando en el tiempo según las necesidades a las que debe responder; en especial considerando que el servicio público es un concepto instrumental, creado por el ordenamiento para someter a determinadas actividades económicas a una regulación económica de gran intensidad. En ese orden de ideas el servicio público puede ser prestado: a) Directamente por el Estado: a través de sus órganos y organismos de la administración central, a través de entidades autónomas o mediante el empleo de empresas públicas. Este modo de gestión se encuentra intensamente limitado por aplicación del principio de subsidiariedad, conforme lo señalado por el artículo 60 de la Constitución.

b) Indirectamente, y manteniendo supuestamente la titularidad del servicio, a través de contratos de locación de colaboración o asociativos, sin transferencias de potestades públicas. Así se emplea mecanismos como el encargo de gestión (concesión de servicios), las empresas de accionariado mixto así como los mecanismos conocidos como asociación pública privadas, que poseen su propia regulación.

c) Por los particulares, por medio de concesionarios o permisionarios. Este modo de gestión es conocido también como gestión indirecta, aludiendo a la concepción del Estado como titular del servicio público. Este modo de gestión que resulta ser más eficiente para la tutela de los derechos de los usuarios de los servicios públicos.

Ahora frente a estas formas de gestión de los servicios públicos el rol de Estado no se ha limitado a ser un ente concesionante, sino que está llamado a vigilar y supervisar el mercado, naciendo la regulación económica.

En principio podemos señalar que todo tipo de intervención del Estado en la economía o actividades económicas implica una regulación, aunque de tipo social, pero es cuando los principios del libre mercado no se pueden efectivizar con una acción promotora y orientadora, cuando la intervención del Estado requiere una mayor incidencia. Nos referimos a circunstancias en que el mercado no puede autorregularse, donde no es posible el surgimiento de la competencia como factor del equilibrio económico, ya sea por la concurrencia de las llamadas fallas de mercado,

como: monopolios naturales, externalidades, bienes públicos y asimetría informativa, que hace necesario que el Estado intervenga de forma intensa mediante la regulación económica, que no es otra cosa que crear los efectos competitivos en mercados no competitivos.

Aunque las fallas de mercados se presentan en todas las actividades económicas, por la naturaleza imperfecta de los mismos, esas fallas suelen ser corregidos sin regulación económica mediante el empoderamiento del consumidor, dándole prerrogativas como el derecho a la información, protección de productos riesgosos e falta de idoneidad y mecanismos de reclamaciones. Sin embargo, hay mercados como los servicios públicos donde no basta asumir una postura ordinaria de protección al consumidor y donde se requiere una regulación económica intensa para contrarrestar las fallas de mercado.

Para GUZMÁN, Ch. 2015, p. 373, la intervención estatal en la economía se puede dar, en primer lugar en términos de regulación económica. Esta última consiste en la orientación por parte del Estado en el cual se establece parámetros para la actuación de los agentes económicos. La regulación económica pretende que las decisiones privadas no perjudiquen el interés general y se justifica en determinadas consideraciones de naturaleza económica, como puede ser los elevados costos de transacción, la existencia de externalidades, información asimétrica o la existencia de monopolios naturales.

Por tanto, aunque el artículo 65 de la Constitución englobe la protección constitucional de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, consideramos insuficiente y desigual una protección paritaria tanto para consumidores de bienes y servicios de mercados ordinarios como para los usuarios de servicios públicos, ya que es claro que ambos no se encuentra en igualdad de condiciones en los mercados donde interactúan.

Una postura más armónica con el orden constitucional acorde al principio de unidad y concordancia práctica de la Constitución sería, ensamblar la protección constitucional general del consumidor del artículo 65 pero resaltando el deber de actuación prioritaria del Estado en los servicios públicos, lo que implica una protección especial de los usuarios de servicios públicos en el ordenamiento constitucional. Ya que la regulación económica como afirma GUZMAN, puede ir desde aquello menos intenso para los mercados de bienes y servicios ordinarios hasta

una intervención intensa en circunstancias que la protección de los consumidores de servicios públicos lo exija, desde luego, no es una fórmula única ya que primero debe velar por no anular la autonomía del consumidor y que sea éste el primer llamado a resolver el problema, sin pretender sustituirlo por el Estado, sin embargo, la subsidiariedad social exige solo una vez agotado el usuario la vía ordinarias de protección pueda exigir al Estado su intervención como mecanismo residual.

Ese es el espíritu la Constitución conforme se desprende del Diario de Debates de la Constitución de 1993, (Tomo III, 2258), intervención del representante Flores Araos: “La economía social de mercado no puede ser, de modo alguno, en la Constitución del Estado, mera etiqueta, sino que tiene que tener contenido, como lo dijimos en su momento. Y ese contenido es una actividad rectora del Estado para alcanzar ese desarrollo económico y social, pues de lo contrario simplemente, no hubiese economía social de mercado; habría cualquier economía de mercado, pero no una economía social de mercado, en la que se requiere, para determinados elementos, esa intervención rectora del Estado”.

1.1.4. Desarrollo normativo del Derecho del consumidor en el Perú:

Al indagar los antecedentes legislativos de las normas de protección al consumidor, podemos remontarnos a la Ley N° 15097 del 15 de julio de 1964 que creó la nueva Junta Permanente Nacional de Telecomunicaciones que ejercía control administrativo en las empresas prestadoras de servicios y era el órgano de última instancia resolutoria de las quejas y denuncias formuladas por los usuarios por la prestación del servicio.

Sin embargo, las normas de protección o defensa del consumidor que regulan las relaciones de consumo entre proveedores y consumidor o usuarios finales, no tuvieron un marco legal específico en el Perú hasta la década del 80, teniendo como punto de partida la Constitución de 1979, en un entorno de corte estatista hasta la adopción definitiva del modelo de libre mercado en la Constitución de 1993 que asume la obligación de velar por la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios y la libre competencia.

Mediante Decreto Supremo N° 036-1983-JUS del 22 de julio de 1983 se dio la Norma de Protección a los Consumidores, que establecía los derechos de las personas que mediante contrato verbal o escrito adquiere bienes, fungibles o no, o a la prestación de algún servicio.

El 09 de noviembre de 1991 se publica el Decreto Legislativo 716, Ley de Protección al Consumidor y el 06 de noviembre de 1992, con Decreto Legislativo 25868 se creó el INDECOPI, encargado de hacer cumplir las normas de protección al consumidor y cautelar el buen comportamiento de los agentes en el mercado.

Paralelamente a ello, se fueron creando los reguladores de servicios públicos, el Decreto Legislativo 702 de 1991 da surgimiento a OSIPTEL, el Decreto Ley N° 25965 de 1992 crea SUNASS, mientras que la Ley N° 26734 de 1996 instaure OSINERG y por Ley N° 26917 de 1998 surge OSITRAN.

Posteriormente el 17 de julio de 2000, mediante Ley N° 27311 se da la Ley de Fortalecimiento del Sistema de Protección Al Consumidor, la cual en su artículo 7 dispuso que mediante Decreto Supremo se aprobase el Texto Único Ordenado de las normas que regula el sistema de protección al consumidor. Siendo por D.S. N° 039-2000-ITINCI del 11 de setiembre de 2000, expedida el TUO de la Ley de Protección al Consumidor que fue complementada por Decreto Legislativo 1045 del 26 de junio de 2008, Ley complementaria del sistema de protección al consumidor, modificándose el TUO de la Ley por D.S. N° 006-2009-PCM del 30 de enero del 2009.

Para finalmente ser derogado por el Código de Protección y Defensa del Consumidor, aprobado por Ley N°29571 del 02 de setiembre del 2010.

1.2. BASE JURÍDICA.

1.2.1. Conceptos Esenciales:

2.2.1.1. **Consumidor:** personas naturales y jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales producto o servicios materiales e inmateriales, en

beneficio propio o de su grupo familiar o social, actuando así en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. (Artículo IV, 1.1. de la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor).

2.2.1.2. **Usuario:** persona natural o jurídica, que en forma eventual o permanente tiene acceso a algún servicio público o privado de telecomunicaciones. Glosario de Términos del TUO del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, Decreto Supremo N° 027-2004-MTC.

2.2.1.3. **Servicio Público:** Servicio técnico prestado al público de una manera regular y constante mediante una organización de medios personales y materiales cuya titularidad pertenece a una Administración pública bajo régimen jurídico especial. GARRIDO (1994), p.21.

Toda acción o prestación realizada por la administración pública activa, directa o indirectamente, para la satisfacción concreta de necesidades colectivas, asegurada en acción o prestación por el poder de justicia. BIELSA, R. Derecho Administrativo, T, I, p.463, citado por BACACORZO (1997).

Es aquella actividad propia del Estado o de otra Administración pública, de prestación positiva, en el cual, mediante un procedimiento de Derecho Público, se asegura la ejecución regular y continúa, por organización pública o delegación de un servicio técnico indispensable para la vida social. ARIÑO (1999), p.484.

2.2.1.4. **Organismo regulador:** Son organismos públicos descentralizados (especializados) adscritos a la Presidencia de Consejo de Ministros, con personería de derecho público interno y con autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera (Artículo 2 de la Ley N° 27332, Ley Marco de Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos).

2.2.1.5. **Falla de mercado:** Una falla de mercado se define como una incapacidad de un mercado específico para lograr la satisfacción de los consumidores y la utilización eficiente de recursos en la producción. Existen dos causas que determinan la aparición de fallas de mercado: a) la existencia de bienes o servicios públicos, y; b) las externalidades, que son costos o beneficios que algunas actividades productivas o de consumo generan sobre personas ajenas a dichas actividades. Economía para todos (2000), p. 120.

2.2.1.6. **Competencia:** Para la economía, la competencia se manifiesta cuando existen muchos ofertantes que producen bienes o servicios similares. Esta situación

es ventajosa para los consumidores, pues les permite elegir entre diferentes opciones al momento de demanda ese bien o servicio, ya que ninguno de los vendedores tiene el poder para fijar un precio de mercado. Economía para todos (2000), p. 18.

2.2.1.6. **Regulación:** La polémica respecto del rol del Estado y del mercado ha hecho que a veces se advierta que la condición para un mercado libre es que el Estado se reduzca a su mínima expresión. Esta es una visión superficial y equivocada. El desarrollo y la ampliación del mercado requieren de una presencia importante del Estado en una serie de ámbitos. Se necesita un Estado que sustente y complemente el funcionamiento del libre mercado, no uno que le intente suplantar o contradecir. Economía para todos (2000), p. 110.

Para George STIGLER, el término regulación “se refiere a un amplio abanico de políticas tales como los subsidios, las cuotas, las importaciones, las modalidades de empresas públicas o privadas, e incluso, la creación de nuevos derechos de propiedad y de mercados específicos para intercambiarlos.”. GIL (1997), p.3

Según Roger NOLL, la regulación “se refiere a una forma de alterar el comportamiento de un mercado mediante la promulgación de reglas coactivas que gobiernan algún aspecto de la producción, los atributos cualitativos, la entrada y/o el precio a los que un bien es adquirido y vendido por otros; todos estos instrumentos pueden usarse para alterar los resultados en el conjunto de mercados señalados.” GIL (1997), p.3

José AYALA señala, “en sentido amplio la regulación consiste en un conjunto de acciones gubernamentales para controlar los precios, ventas y decisiones de producción de las empresas, como un esfuerzo para prevenir que las empresas privadas tomen decisiones que podrían afectar el bienestar de los consumidores y del interés público. AYALA (1999), p.635.

Para José HURTADO, la regulación del mercado corresponde a la intervención del gobierno en la actividad económica con el fin de limitar la actuación de los agentes bajo amenaza de sanción. HURTADO, A (2013), p.1.

Un ejemplo de regulación económica es el Régimen tarifario regulado, bajo el cual las empresas concesionarias pueden fijar y modificar libremente las tarifas de los servicios públicos de telecomunicaciones que presten, sin poder exceder las tarifas topo que haya sido fijadas en los respectivos contratos de concesión o en las

resoluciones tarifarias emitidas por OSIPTEL. (Artículo 9 del Reglamento General de Tarifas, Resolución N° 060-CD-2009/OSIPTEL).

2.2.1.7. Economía de mercado: El mercado funciona a través de los precios, los cuales son indicadores del valor que los consumidores le asignan a que se realicen actividades diversas. En una economía de mercado, los agentes económicos orientan sus acciones prestando atención a los precios, produciendo aquellos bienes y servicios para los que existe una mayor disposición a pagar de los consumidores y dejando de producir aquellos que sean menos apreciados. Economía para todos (2000), p. 32.

2.2.1.8. Principio de igualdad: El principio de igualdad implica un postulado o proposición con sentido o proyección normativa o deontológica que, por tal, constituye parte del núcleo del sistema del sistema constitucional de fundamento democrático. Como derecho fundamental comporta el reconocimiento de la existencia de una facultad o atribución conformante del patrimonio jurídico de una persona, deriva de su naturaleza que consiste en ser tratado igual que los demás en relación a hechos, situaciones, acontecimiento, coincidentes; por ende, como tal deviene en el derecho subjetivo de obtener un trato igual y de evitar los privilegios y las desigualdades arbitrarias. En ese sentido, la igualdad es un principio- derecho que instala a las personas situadas en idéntica condición, en un plano de equivalencia. Ello involucra una conformidad e identidad por coincidencia de naturaleza, circunstancia, calidad, cantidad o forma, de tal modo que no se establezca excepciones o privilegios que excluyan a una persona de los derechos que se conceden a otra, en paridad sincrónica o por concurrencia de razones. (CHANAMÉ, R., p.469).

En puridad, el principio de igualdad se constituye simultáneamente en la manera siguiente: a) como un límite para la actuación normativa, administrativa y jurisdiccional de los poderes públicos; b) como un mecanismo de reacción jurídica frente al hipotético uso arbitrario del poder; c) como un impedimento para el establecimiento de situaciones basadas en criterios prohibidos (discriminación atentatoria a la dignidad de la persona); y, d) como una expresión de demanda al Estado para que proceda a remover los obstáculos políticos sociales, económicos o culturales que restrinjan de hecho la igualdad entre los hombres. (CHANAMÉ, R., p.469).

El principio de igualdad se concretiza en el plano formal mediante el deber estatal de abstenerse de la producción legal de diferencias arbitrarias o caprichosas y en el plano material apareja la responsabilidad del cuerpo político de promover las óptimas condiciones para que se configure una simetría de oportunidades para todos los seres humanos. La igualdad se encuentra resguardada cuando se acredita la existencia de los dos requisitos siguientes: a) paridad, uniformidad, exactitud de otorgamiento de derechos ante hechos, supuestos o acontecimiento semejantes; b) paridad, uniformidad y exactitud de trato o relación intersubjetiva para las personas sujetas a idénticas circunstancias y condiciones. (CHANAMÉ, R., p.469).

En buena cuenta, la igualdad se configura como un derecho fundamental de la persona a no sufrir discriminación jurídica alguna, esto es, a no ser tratado de manera dispar respecto a quienes se encuentran en una misma situación, salvo exista justificación objetiva y razonable de esa desemejanza de trato.

La quiebra de la noción de igualdad se produce cuando a través del proceso de formulación o interpretación-aplicación de la ley, esta genera consecuencias jurídicas diferentes entre una persona y otra, por el mero hecho de tales. En síntesis, se consuma a través del establecimiento de derechos, facultades, atribuciones, deberes, responsabilidades o sanciones disímiles, a pesar de ser idénticas las conductas o situaciones de las personas involucradas en dicho proceso. (CHANAMÉ, R., p.470).

1.2.2. Antecedentes de la Investigación:

Como antecedentes la presente investigación tenemos las siguientes tesis:

- i) FARJE, I. (2013) Impacto de las decisiones políticas en la autonomía y gestión de los organismos reguladores de servicios públicos, caso Osinergmin, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú.

i.1) Problema:

¿Cuál es el impacto de las decisiones políticas en la autonomía y gestión de los organismos reguladores de servicios públicos?

i.2) Hipótesis:

Los efectos de las decisiones gubernamentales en materia económica y financiera generados principalmente por el impacto de las normas y procedimientos que el Estado aplica a toda la administración pública de manera transversal, limitan la gestión y libre disposición de los recursos de los organismos reguladores (Caso

OSINERGMIN), relativizando la autonomía que las leyes les han conferido. (FARJE, I. p. 10)

i.3) Conclusiones:

Se ha evidenciado en la presente tesis que las decisiones gubernamentales en materia económica y financiera generados principalmente por la emisión de dispositivos legales y el sometimiento a los sistemas administrativos y de gestión que el Estado aplica a toda la administración pública de manera transversal, ha afectado la autonomía del organismo regulador, al limitar la gestión y libre disposición de sus recursos económicos, financieros y presupuestales relativizando la autonomía que las leyes les han conferido, (Caso OSINERGMIN 2010-2012).

El análisis realizado ha mostrado que el bienestar de la sociedad está relacionado al acceso que se tenga a los servicios públicos, principalmente los de redes, por lo que el Estado cumpliendo su rol tutelar vela por su adecuada y oportuna prestación a través del ejercicio de la función regulatoria, con la finalidad de evitar que las cuestiones técnicas asociadas al funcionamiento del mercado le generen incentivos a las empresas a cargo de las operaciones para obtener rentas extraordinarias, ya sea mediante políticas de precios a clientes finales, negando el acceso a otros productores o manejando tendenciosamente la información.

Se ha ilustrado que en Latino América se crearon los organismos reguladores conforme se impulsaban los procesos de privatizaciones y concesiones como política de Estado con la firme aceptación de la superioridad de la eficiencia del sector privado sobre el sector público; la mayoría de estas entidades regulatorias son de carácter sectorial especializado, a excepción cuatro países (Costa Rica, El Salvador, Panamá y Uruguay) que tienen un conglomerado a cargo de varios servicios públicos. Los reguladores se caracterizan por gozar de cierta autonomía y financiar sus operaciones con recursos propios captados mediante una tasa (canon, contribución, arancel o aporte) aplicada a los concesionarios. Solo cuatro países (Chile, Honduras, México y República Dominicana), financian sus reguladores con sus arcas fiscales, por lo que su autonomía parte de una dependencia de orden político.

Los Organismos Reguladores del Perú, deben sustentar a las autoridades la necesidad de mantener la regulación por sector dada la especialidad, complejidad

y muy relativa relación de interdependencia que existe entre dichas entidades, preservando su necesaria independencia y autonomía. (FARJE, I. p. 171)

Se ha mostrado que la Autonomía se refiere a la capacidad del regulador de manejarse por sí mismo, generando su propia estructura organizacional y administrativa enfocada a una mayor agilidad en el soporte que le presta al aspecto funcional técnico y a la estabilidad del ente para el ejercicio de sus funciones, atribuciones y competencias operacionales basadas en una conveniente planificación y distribución de los recursos económicos y financieros, con la capacidad de asumir decisiones sobre su aplicación, en el marco de una obligación permanente de transparencia y rendición de cuentas acorde con el sistema nacional de control.

Las explicaciones desarrolladas ha evidenciado que el término Independencia no implica que los organismos reguladores estén absolutamente separados de los poderes del Estado, sino que existe una adecuada interdependencia con ellos donde el nivel jurídico que se les confiere, distingue la autonomía de la independencia, lo que significa que si bien pueden darse sus propias normas, éstas no pueden contradecir las disposiciones superiores o de la Constitución del Estado, que es Ley Suprema, por cuanto, los reguladores no constituyen un cuarto poder del Estado. (FARJE, I. p. 172)

ii) MALPARTIDA, V. (2003) El Derecho del Consumidor en el Perú y en el derecho comparado, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

ii.1) **Problema:**

¿Existe un solo sistema de protección al consumidor en el Perú?

ii.2) **Hipótesis:**

Existe un solo sistema de protección al consumidor en el Perú, siendo el Decreto Legislativo N° 716 y otras partes del ordenamiento jurídico nacional, complementarias.

ii.3) **Conclusiones:**

Con la Constitución de 1993, se logra consagrar constitucionalmente, de manera explícita, lo que en leyes especiales ya se había preceptuado sobre protección al consumidor y el Derecho de la competencia.

Así, refrenda lo que venimos diciendo, lo señalado en los arts. 61° y 65° el primero de los nombrados preceptúa que el Estado facilita y vigila la libre

competencia y, combate toda práctica que la limita, así como el abuso de posición dominante y monopólica. Ninguna Ley ni concertación podrá autorizar o establecer monopolios. Se reitera entonces lo establecido en la legislación antimonopólica (D. Leg. 701) y el acceso a los mercados (D. Leg. 757).

El art. 65° señala que el Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios garantizando el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentra a disposición en el mercado. Además el Estado velará por la salud y la seguridad de la población. Con esta norma se recoge lo establecido en cuanto a la protección al consumidor (D. Leg. 716), publicidad (D. Leg. 691), competencia desleal (D. L. 26122), normadas con anterioridad en la Carta vigente.

Lo importante será remarcar que se opta por una protección al consumidor de carácter liberal, al recaer todo el problema en la existencia de una asimetría informativa en la relación entre la empresa y el consumidor. Por tanto una vez subsanado esta asimetría, será el mercado quien logrará satisfacer las expectativas del consumidor. Esto va en relación con la función que se le asigna al Estado. Este no puede intervenir en la economía, a diferencia de los que señalaba en la Constitución de 1979, consecuencia de adoptarse una orientación liberal rígida. (MALPARTIDA, V. pp.340-341)

iii) ORDOÑEZ, A. (2011) El debido procedimiento administrativo en los organismos reguladores, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

iii.1) **Problema:**

¿Cuáles son las deficiencias legales del procedimiento de reclamación que determinan que los usuarios de servicios básicos estén disconformes?

iii.2) **Hipótesis:**

En las demandas promovidas por distribuidores de combustibles líquidos nada revela la vulneración de algún aspecto formal o material del derecho a un debido procedimiento. Todos los procesos cumplen con el debido procedimiento. OSIPTEL es el regulador que cumple satisfactoriamente con todos los procedimientos mereciendo el reconocimiento de los usuarios. (ORDOÑEZ, A., p.14)

iii.3) **Conclusiones:**

En el caso de OSINERGMIN; Del total de controversias sobre facturación de energía eléctrica sólo en una se observa la eventual vulneración del derecho a un debido procedimiento por falta de valoración de medios probatorios que obran en el expediente administrativo.

Otro caso poco frecuente es el de competencia; sin embargo, es un ejemplo clásico de vulneración del derecho a un debido procedimiento: desviación del proceso o procedimiento previamente establecido. El demandante afirma que la relación jurídica establecida entre las partes no puede ser resuelta por el organismo regulador pues no forma parte del mercado regulado. Así, al menos en apariencia, la posición del recurrente resulta sólida.

Sobre SUNASS, el método de determinación de consumos, los argumentos también son de orden técnico o tarifario y no se muestran como vehículos de la vulneración de algún aspecto del derecho a un debido procedimiento.

OSIPTEL es el regulador contra el que menos demandas contencioso administrativas se han presentado en el periodo de estudio elegido. Los problemas de facturación, son mayoría; superan el 70% del total. La mayor parte de las demandas corresponde a denuncias por servicios no prestados o no solicitados. (ORDOÑEZ, A., p.260)

iv) QUINTANILLA, E (2004) Autonomía institucional de los organismos reguladores, Lima, ESAN.

iv.1) **Problema:**

¿Por qué es necesaria la autonomía como condición central en el diseño de los organismos reguladores?

iv.2) **Hipótesis:**

Encontrar una explicación conceptual de los diversos enfoques y características de los atributos que identifican la independencia de los organismos reguladores.

iv.3) **Conclusiones:**

Generalmente, la administración reguladora se delega a instituciones apropiadas, dotándolas de los atributos y recursos que permitan una actuación independiente de los grupos de interés. Esto permite crear un entorno apropiado para atraer inversiones privadas de largo plazo, que caracterizan a los servicios públicos de infraestructura, al mismo tiempo que promueve la eficiencia en cada sector en particular.

Lograr un organismo regulador autónomo es una labor complicada en los países en vías de desarrollo, donde no existe aún una amplia tradición regulatoria basada en la experiencia, calidad y jurisprudencia. El compromiso político de conformarlo y dotarlo de las reglas apropiadas significará una decisión difícil de implementar y mantener, ya que probablemente excederá los intereses de corto plazo del poder político, más aún en entornos donde se cuestionan los reajustes de tarifas y la participación privada en la prestación de los servicios públicos.

Las dos fortalezas necesarias para afrontar los riesgos de politización y de captura necesitan un marco normativo apropiado, que reglamente debidamente, mediante un mandato expreso, la actuación independiente de los organismos reguladores, su constitución, los recursos humanos y presupuestales. Asimismo, es necesario un debido proceso de las regulaciones, reglas de difusión y transparencia adecuadas, acompañado de un sistema de rendición de cuentas apropiado. (QUINTANILLA, E. pp.46 y 47)

v) RAMIREZ, F. (1999) La política de competencia y el proceso de regulación en México, 1993 –1999”, México, Universidad Nacional Autónoma de México.

v.1) **Problema:**

¿Por qué regular y cuando regular?

v.2) **Hipótesis:**

La desregulación, la política de competencia e incluso la regulación, se han convertido un fenómeno económico tan trascendente a nivel mundial que ocupan un lugar privilegiado en las agendas de muchos gobiernos en países con distinto grado de desarrollo, lo mismo sucede con organismos multilaterales como el Banco Mundial (BM) y la Organización para Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).

v.3) **Conclusiones:**

No obstante la prohibición de actitudes monopólicas contenida en las Constituciones de 1857 y 1917, la competencia en los mercados mexicanos ha sido la excepción más que la norma. En realidad los intentos más importantes por crear competencia en los mercados se han venido dando a partir de los últimos años de la década de 1980 y continúan en la actualidad como parte de la tendencia mundial denominada “reforma regulatoria” la cual comprende procesos

de privatización, liberalización comercial, desregulación y la creación y aplicación de políticas de competencia.

Es indudable el esfuerzo del gobierno mexicano para la creación de una infraestructura legal para promover la competencia. Se destacan dos vertientes: en la primera están las leyes de ámbito general en la economía entre ellas, la Ley Federal de Competencia Económica, la Ley Federal de Metrología y Normalización y las modificaciones a la Ley Federal de Protección al Consumidor. En la segunda vertiente, se encuentran las leyes con efectos sectoriales, tales como la Ley Federal de Telecomunicaciones, la Ley de la Comisión Reguladora de Energía y la Ley Federal de Autotransporte de Carga. Además, se crean creado organismos como la CFC, la Cofetel, la CRE y la Cofemer.

A pesar del importante esfuerzo realizado hasta el momento por el gobierno no todos los resultados son alentadores. Mientras en sectores donde se desreguló como el autotransporte de carga se ha incrementado el número de empresas, el empleo y la cantidad de carga movilizada por ese medio. En otros sectores como las telecomunicaciones y la industria aérea, la presencia de empresas con poder de mercado como el caso de Telmex y Cintra ha obstaculizado el desarrollo de la competencia. (RAMIREZ, F. p. 357)

vi) VIGURIA, C. (2012) El consumidor financiero: necesidades de su implementación en el Sistema Nacional de Protección al Consumidor. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú.

vi.1) **Problema:**

La problemática que afronta el consumidor de servicios financieros y la necesidad de reestructuración del sistema de protección al consumidor

vi.2) **Hipótesis:**

la mejora en el sistema de protección al consumidor del sistema financiero debe estar asociada a la inclusión de una clase diferente de consumidor denominado “Consumidor Financiero” mediante el cual se permitirá establecer un marco de protección especial a aquellos que son afectados por la alta asimetría informativa típica de los productos del sistema financiero. (VIGURIA, C. p. 10)

vi.3) **Conclusiones:**

La presente investigación tuvo como fin demostrar la necesidad de implementar la figura del Consumidor Financiero en el sistema nacional de protección al consumidor. A través de esta se buscó fundamentar la necesaria la creación de una entidad especializada encargada de proteger los derechos e intereses del Consumidor Financiero.

Teniendo en cuenta ello, se analizó si el concepto de “Consumidor” utilizado en las resoluciones emitidas por las diferentes instancias de Indecopi son adecuados para proteger a todo sector de consumidores que son afectados por la Asimetría de Información y cuyo nivel de protección es prioritario, dada las altas denuncias y reclamos que se presentan ante las diferentes instancias.

La investigación pudo demostrar que las instancias de protección al consumidor de servicios financieros no son suficientes para otorgar una efectiva, célere y eficiente protección al consumidor. (VIGURIA, C. p. 181y 182).

1.2.3. La regulación del poder económico en la Constitución:

En la historia del surgimiento de las Constituciones en el mundo, siempre se ha sostenido que éstas han surgido para limitar el poder político despótico de los monarcas y evitar la concentración del poder en una persona, grupo de personas u órgano estatal.

En efecto, Estado Constitucional de Derecho, se enarbola bajo tres principios, la supremacía constitucional, la división de poderes o funciones y la vigencia de los derechos fundamentales, que son claras limitaciones constitucionales al ejercicio del poder político.

De tal forma, que los detentadores de la cuota de poder político en principio deben concordar sus acciones en armonio con la Constitución, sin posibilidad de concentrar el poder político y anteponiendo sobre cualquier intereses el respeto y vigencia de los derechos fundamentales.

Pero, ¿qué es? De los detentadores del poder económico se encuentran en igual medida limitados por los principios de nuestra carta política.

Según GUZMAN, 2015, p. 367, “las economías modernas otorgan un papel preponderante al mercado dentro del desarrollo económico y social de una Nación. Ello se acompaña por el hecho de que en el ámbito de la participación en la

economía los particulares poseen derechos fundamentales cuyos límites deben estar cuidadosamente delimitados”.

Efectivamente, la participación en el mercado de los agentes económicos no solo está autorizado por Ley, sino que cada una de las libertades económicas son a la vez derecho constitucionales que debe proteger el Estado.

Por tanto, siendo la Constitución una norma de equilibrio en el ámbito económico lo que le corresponde es también asegurar el justo medio entre las fuerzas de la oferta y la demanda, garantizando que ninguno abuse de los derechos del otro, lo que ciertamente es una tarea titánica.

Así la Constitución establece limitaciones a la concentración del poder económico ilegítimamente adquirida y ejercida al proscribir en su artículo 61 el abuso de posiciones dominantes o monopólicas.

Siguiendo a BULLARD, (2010), p.963, “La Constitución de 1993 ha comprendido adecuadamente el fenómeno. El monopolio no sólo no está prohibido, sino que mientras que la posición de dominio en el mercado sea adquirida por la vía de una legal y legítima competencia, esta tutelada por el Estado. Lo que se prohíbe son dos situaciones: El abuso de posición de dominio y las prácticas restrictivas y limitativas de la libre competencia”. Lo que no implica la ausencia de supervisión estatal sino el contrario agudiza la labor vigilante del mercado por el Estado.

Establece la supremacía constitucional que no solo es vinculante para los órganos del Estado sino que en su dimensión horizontal es también de obligatorio cumplimiento por los particulares, lo que significa que ninguna autoridad, funcionario o persona está exenta de la observancia de la Constitución incluso en sus relaciones de índole económicas.

Por última, conforme ya señalamos la Constitución no solo reconoce libertades económicas a los particulares en el mercado, sino que son auténticos derechos constitucionales cuya vigencia y respecto debe proteger el Estado.

checks and balances de las Constituciones modernas por tanto no se restringe únicamente a la regulación del poder político, sino que trasciende al plano económico, donde el abuso del poder tiene los mismos efecto en los derechos de la población.

Por tanto, si bien la Constitución reconoce en sus artículos 58 y 59 de la libre iniciativa privada, libertad de empresa, comercio e industria a su vez la limita con el

derecho a la información, la salud y seguridad de los consumidores del artículo 65 de la carta magna.

Todo ello en el entorno auspicioso de libertad de mercado que permita que los dos actos del mercado como son el proveedor y consumidor se autorregulen controlándose mediante la libertad de contratación y libre competencia que establece los artículos 61 y 62 de nuestra ley fundamental.

Esa es la forma como nuestro Constituyente de 93 ha establecido una regulación del poder económico, para evitar excesos de poder en el ámbito del mercado.

Sin embargo, el mundo globalizado que está en constante cambio tiene a variar el grado de exigencia para cautelar ese equilibrio, ya sea por el peso de los hechos, que siempre nos demuestra que la realidad es el mejor legislador.

Las grandes corporaciones trasnacionales cuyo poder económico se equipara a muchas naciones, hace necesario un nuevo enfoque del orden constitucional para garantizar ese equilibrio del poder económico. Especialmente en mercados como los servicios públicos donde existe un interés esencial cautivo por esas compañías al actuar en régimen de monopolios naturales u otras fallas estructurales de mercado.

Por tanto, hoy en día no es suficiente la protección general que otorga el artículo 65 a los consumidores sino que se requiere una protección especial contemplada en la Constitución para los usuarios de servicios públicos e institucionalidad propia para mantener el equilibrio constitucional del régimen económico.

Desde una perspectiva de la economía, como afirma PÉREZ, TÁVARA, 2009, p.11, las condiciones que motivan la regulación estatal en los servicios públicos son:

“La literatura especializada en regulación ha puesto de relieve las condiciones particulares bajo las cuales tiene lugar la provisión de estos servicios: (i) existencia de economías de escala y alcance, y subaditividad de las funciones de costos en uno o más segmentos de la industria, lo que da lugar a condiciones de monopolio natural; (ii) consumo masivo de los servicios y, por tanto, alta sensibilidad política en torno a las decisiones que afectan su provisión; y (iii) una elevada proporción de los costos están hundidos y varios de los activos utilizados son específicos, en el sentido de que no tienen uso alternativo, de manera que las empresas enfrentan barreras a la salida del mercado y están expuestas a riesgos de expropiación de sus inversiones. En este contexto pueden formularse argumentos racionales que justifican, normativamente, la intervención del Estado mediante su acción reguladora (Guasch y Spiller 1999).

Debido a las características mencionadas, estamos ante empresas que de no ser reguladas, y al operar como monopolios naturales, utilizarían su poder de mercado fijando precios elevados y ofreciendo servicios de calidad subóptima, lo cual reduce el bienestar de la sociedad.

Aunque, existen algunos como BULLARD (2010), p. 902, “Así, la competencia no se crea, se descubre. Y el rol del Estado, como el de una Academia de la Lengua, no es crear la competencia o sustituirla sino, por el contrario, establecer algunas reglas básicas que permiten su propio desarrollo.

Lo cierto, que la idea de la regulación del mercado por el Estado no surge para sustituir la competencia ni crearla sino desde una concepción económica es acercar la curva de la oferta y la demanda, a un precio y cantidad de equilibrio, que significa recrear los efectos de la competencia, con distribución eficiente de recursos, precios bajos y buena calidad de bienes y servicios.

En este aspecto, se trata de una suerte de segundo mejor, ya que la pregunta es que en aquellos escenarios de mercado donde no es factible la competencia por fallas estructurales es mejor regular que no regular?

Pero siempre, el uso recurso de la regulación por el Estado tiene que seguir el principio de subsidiariedad, solo cuando el mercado no pueda autorregularse por sí mismo, el Estado debe intervenir para asegurar el bienestar general que facilita los efectos de la competencia.

1.2.4. La importancia de los servicios públicos como Derechos Humanos:

Otro argumento a favor de la necesidad de una especial protección constitucional de los consumidores de servicios públicos, es que mientras los consumidores en general reciben una tutela tuitiva en la Constitución por su relación asimétrica de consumo para propender a revertir la desigualdad natural con el proveedor. El consumidor de servicios públicos es protegido por la Constitución además de la corrección de la asimetría, porque los servicios públicos satisfacen necesidades de interés general para la ciudadanía por su carácter esencial, lo que a la luz de la doctrina de los derechos humanos constituyen derechos económicos, sociales y culturales que el Estado está obligado a dotar a su población.

Así, según DUGUIT, citado por Zegarra (2005), p.45, “El Estado no es, como se ha pretendido hacerle, y como durante algún tiempo se ha creído que era, un poder de mando, una soberanía; es una corporación de servicios públicos organizados y controlados por los gobernantes”. De esa forma se inaugura la escuela del servicio público francés, dando a luz una nueva teoría del Estado, donde el servicio público legitima al ejercicio del poder estatal.

En ese contexto tenemos que cada vez los ciudadanos demandan una mayor satisfacción de necesidades y expectativas del Estado, que no se limite a garantizar únicamente la seguridad, la propiedad y la libertad como el Estado liberal de Derecho. Surge entonces el Estado Social como respuesta al abstencionismo del poder público. Lo que tiene eco en las Constituciones de la segunda mitad del siglo XX que reconocen el derecho fundamental a los servicios públicos.

“El Estado peruano definido por la Constitución de 1993 presenta las características básicas de un Estado social y democrático de derecho, en el cual se requiere la configuración de dos aspectos básicos: la existencia de condiciones materiales mínimas para alcanzar sus presupuestos y la identificación del Estado con los fines de su contenido social (expediente 008-2003-AI/TC: fundamento 12).

Así, “es difícil exagerar la importancia de estos servicios pues ellos afectan directamente la calidad de vida en las sociedades contemporáneas, entendida esta como las capacidades de las personas para realizarse como seres humanos, así como la libertad de elegir estilos de vida diferentes. En efecto, la energía, el agua y las comunicaciones afectan funciones y capacidades esenciales, como son lograr un nivel adecuado de nutrición, vivienda, buena salud, integración social y participación en la vida de la comunidad. Estos servicios y capacidades son importantes en sí mismos y no únicamente en función de la utilidad que generen o en la medida en que lo hagan” (Pérez y Távara, 2009, p.10).

Por tanto, el servicio público se funda como todo los derechos fundamentales en el presupuesto de la dignidad humana, que exige que el Estado promueva y facilite condiciones de vida digna a su población. Permitiendo que se pase de la declaración de derechos a la materialización de prestaciones mínimas de servicios de interés general.

“[...] es el presupuesto jurídico de la existencia de todos los derechos fundamentales. La persona humana no puede ser concebida como un medio, sino como un fin en sí mismo; de allí que su defensa constituya el fin supremo que debe inspirar todos los actos estatales, en particular, y los de la sociedad, en general (expediente 0050-2004-AI/TC: fundamento 46)”.

Es entonces que existe un carácter sinalagmático del servicio público desde una perspectiva objetiva, constituye el legitimador del Estado, lo que hace que sea obligatorio su realización, y desde el enfoque subjetivo, representa un derecho ciudadano (DESC) de orden constitucional que puede ser exigido por el consumidor de servicios públicos dentro o expuesto a una relación de consumo con el Estado o la empresa prestadora.

La doctrina del servicio público a su vez, propone dos teorías para distinguir cuando estamos frente a un servicio público:

Para la teoría subjetiva “los servicios públicos son las actividades asumidas por órganos o entidades públicas o privadas (concesionarias), creados por la Constitución y las leyes, para dar satisfacción en forma regular y continua a cierta categoría de necesidades que son de interés general, bien sea en forma directa, mediante concesionario o a través de cualquier otro medio legal, con sujeción a un régimen de derecho público o privado, según corresponda. (Reyna y Ventura. (2008), p.593). Nótese el hincapié que hace el autor para resaltar la figura del Estado como preponderante en la caracterización del servicio público.

Mientras que para la teoría objetiva “Los servicios públicos son aquellos servicios de interés general cuyo uso esta disposición del público a cambio de una contraprestación tarifaria, sin discriminación alguna, dentro de las posibilidades de oferta técnica que ofrecen los operadores. Estos servicios tiene por objeto la producción de bienes o actividades dirigidas a realizar fines sociales, como el de satisfacer las necesidades de una comunidad, no sólo en términos económicos, sino también en términos de promoción social, promoviendo de este modo el desarrollo económico y civil de un país. (Reyna y Ventura. (2008), p.594). Es de resaltar la diferencia notable con el concepto anterior, puesto que se enfatiza la esencialidad del interés general sin distinguir al Estado como prestador directo e indirecto.

Sin embargo, lo que aquí pretendemos con la presente investigación es el empoderamiento de los consumidores de servicios públicos a partir de una protección

constitucional acorde a su relevancia como derecho fundamental tanto subjetivo como objetivo, que concretiza la idea de garantizar condiciones mínimas de vida digna al ciudadano y agrupo el esfuerzo de legitimar el ejercicio del poder público mediante la prestación de servicios público a su nación.

Para lograr, ello no basta la regulación sectorial a nivel legal-normativo en cada mercado que permitan mecanismos efectivo de reconocimiento de sus derechos, cuando el marco constitucional no permite las condiciones de una especial tutela que brinde la capacidad al consumidor de servicios públicos de exigir al Estado una protección efectiva con normas que se alejen del contexto general de la protección al consumidor y permitan políticas regulatorias que haga frente a los grupos de interés garantizando el bienestar general.

1.2.5. Teorías aplicadas:

1.2.5.a) Los elementos del servicio público:

Según HAURIUO, los elementos caracterizadores del servicio público, son tres: a) el componente orgánico de la persona pública; b) el elemento funcional de interés general; y, c) el elemento material de régimen jurídico derogatorio del derecho privado o exorbitante. ZEGARRRA (2005), p.50.

Siguiendo esa línea, resumimos los elementos clásicos de la noción del servicio público:

- **Elemento personal.-** Es aquel componente subjetivo que caracteriza el servicio público, por la presencia de la entidad estatal como gestor o titular de la actividad de interés general. Es el rasgo identificador que considera que sólo es posible hablar de servicio público, como tal cuando la actividad se desarrolla por el Estado o por un organismo gubernamental que posee esa competencia.

En tal sentido, era la personalidad pública lo que definía en un principio la noción de servicio público, llegando incluso a considerar que toda aprehensión de una actividad por una persona pública, le confería en principio el carácter de servicio público. Lo que implicaba que los cuerpos de la Administración serian los encargados de gestionar directamente la

actividad del servicio público con su propio personal y con sus propios medios materiales y financieros. (ZEGARRA (2005), p.57.

En suma, el elemento orgánico como criterio identificador del servicio público ha sido importante para determinar la competencia o control jurisdiccional de los conflictos surgidos como consecuencia de la prestación del servicio y ha permitido extender la función administrativa a las personas jurídicas bajo régimen privado que gestionan servicios públicos o que en virtud de un título habilitante emiten actos que produzcan efectos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados, conforme lo establece el artículo I numeral 8) del Título Preliminar de la Ley N° 27444.

- **Elemento objetivo.-** Es aquel interés general que es propio de todo servicio público, que se manifiesta en la necesidad de carácter colectivo; se refiere a los problemas que atañen a la colectividad y que el Estado está obligado a encarar y resolver directa o indirectamente. PATRON (1998), p.101.

También denominado elemento funcional porque constituye un criterio delimitador de la noción de servicio público en la medida que su presencia es indispensable en la configuración de una actividad como servicio público.

Los publicistas de Burdeos afirmaban que este criterio es el fundamento mismo, la razón de ser del servicio público. ZEGARRA (2005), p.56.

PONTIER señala que el interés general puede ser explicado simplemente por el hecho que éste es una transposición y una laicización, con las correspondientes reservas de la noción de bien común sostenida por ARISTÓTELES y desarrollado por SANTO TOMAS DE AQUINO, noción que está en la base de toda sociedad. ZEGARRA (2005), p.57.

Es entonces, que el interés general desfasa los intereses particulares de los individuos y los trasciende; en otros términos, constituye un arbitraje de estos intereses particulares y ello se proyecta hacia los servicios públicos mediante actividades necesarias para mantener el equilibrio social. ZEGARRA (2005), p. 57. Pero hay quienes se refieren al interés general como interés colectivo y señalan que al lado de interés propio de cada individuo, considerando en sí mismo, surgen intereses que se refieren a un grupo de individuos. A esos intereses se le da el nombre de intereses colectivos. Por ello para poder hablar de interés público es necesario sus propios fines. Es claro que en todo interés

público se encuentra un interés colectivo; pero el interés colectivo no es por sí mismo público, para elevarlo a tal categoría es necesario su inclusión dentro de los fines del Estado. PATRON (1998), p. 103.

- **Elemento material.**- Lo constituye el régimen jurídico especial que rige al servicio público, mediante el cual, el Estado actúa con prerrogativas de poder público (*ius imperium*) en su relación con los particulares para garantizar la satisfacción de las necesidades del interés general.

Este elemento material concierne a las reglas de Derecho aplicables al servicio público. ZEGARRA (2005), p.58.

Lo que significa que bajo este régimen se permite la vigencia de derechos y obligaciones ajenas al derecho común. Lo que implica que el régimen jurídico estaría formado por reglas que los particulares, en el ejercicio de sus actividades, no pueden utilizar. Siguiendo esta pauta, no se podría hablar de servicio público si es que determinadas prerrogativas de poder público – derivadas de régimen jurídico – no pertenecen o no están de acuerdo con los agentes que gestionan o ejecutan el servicio de interés general. ESPLUGAS (2001), pp. 21-22.

Constituyéndose en un elemento delimitador de la noción del servicio público, en la medida que la persona pública que gestiona el servicio, está dotada de una posición privilegiada frente a los particulares, pues actúa revestida de poder público en el ejercicio de sus funciones. Sin embargo, en el supuesto de la posición privilegiada frente a los particulares, pues actúa revestida de poder público en el ejercicio de sus funciones. Sin embargo, en el supuesto de la gestión indirecta mediante delegación o concesión, no podríamos distinguir este elemento propio del sujeto público, sino fuera porque el interés general presente en la necesidad de satisfacer ese servicio, permite que la persona jurídica bajo régimen privado actúe con las mismas prerrogativas en razón al interés público que lo exige, lo representa una ficción jurídica.

En esa línea de pensamiento, el principal aporte de este elemento a la configuración del concepto de servicio público ha sido darle mayor autonomía al Derecho administrativo en relación a las reglas del derecho civil que rige las relaciones de los particulares, por lo que, al declararse una

actividad de interés público por ser indispensable para el desarrollo social, el Estado le concede la categoría de servicio público y lo regula mediante normas de Derecho público por el carácter esencial de su prestación, apartándola de las reglas convencionales del derecho común, que se procuran para actividades de interés privado.

1.2.5.b) Teorías del Servicio Público:

Con el advenimiento del siglo XX, la transformación del rol del Estado se hace necesaria, debido a la experiencia negativa del liberalismo económico del siglo XIX, donde la inacción del poder público, deslegitimo al Estado y genero el reclamo social de nuevos derechos, que asegurarán condiciones de vida digna a su población. Lo que trajo como consecuencia el surgimiento de Estado social de Derecho, con mayor intervención estatal en las actividades económicas y el cambio de visión del Estado de un poder policía a un poder prestador de servicios.

Esta transformación requería de una base teórica para delimitar la noción del servicio público, la misma que fue proporcionada por los publicistas franceses León DUGUIT y Maurice HAURIOU, quienes desarrollan “sus ideas en torno al concepto de servicio público teniendo como fuente principal de sus planteamientos aquello que constituía la base del Derecho público, es decir, la idea misma del Estado”. ZEGARRA (2005), p.39.

Ambos doctrinarios propugnan distintas percepciones de lo que vendría a ser el fundamento del Derecho público. En cuanto al objetivo de la Administración pública y, por ende, la definición del fin del Estado. Las propuestas de estos autores no son contradictorias entre sí, dado que sus ideas apuntan a limitar el poder político mediante funciones al servicio del ciudadano, lo que constituye la piedra angular de la teoría objetiva del servicio público, a diferencia de la noción subjetiva, que parte por reconocer la titularidad exclusiva del Estado sobre ciertas actividades, desde el momento que son declaradas como tal, lo que genera a la larga la confusión entre función pública y servicio público y fue en gran parte la causa de la crisis de esta institución.

b.i) La teoría subjetiva del servicio público.- Esta noción surge a finales del siglo XIX, en una época donde el servicio público como categoría jurídica era incipiente y había problemas para identificar las actividades propias sometidas a este régimen

especial. Así bajo los postulados de la teoría subjetiva se establece que el elemento determinante para considerar una actividad en régimen de servicio público, era la personalidad pública del gestor.

Así según LACHAUME, toda aprehensión de una actividad por una persona pública, le confería, en principio, el carácter de servicio público. ZEGARRA (2005), p.55. Lo que generó confusión y excesos al momento de delimitar la competencia de la administración pública.

La aplicación de los criterios derivados de la noción de servicio público no estuvo exenta de riesgos, pues los jueces administrativos no llegaron a definir los límites de dicha noción. Se llegará, entonces, a extremos de conferir la calidad de servicio público actividades de personas privadas, ya que los criterios en función de los cuales se reconocía la presencia de un servicio público caracterizada por su impresión. Dicho criterio permitió al juez entender de una manera potencialmente ilimitada la esfera de las regulaciones públicas en detrimento de las regulaciones privadas. ZEGARRA (2005), p.37.

Hay algunos autores como PONTIER que defiende esta postura, al afirmar que definir orgánicamente el servicio público significa evocar las estructuras administrativas tanto en sus aspectos más visibles, como en sus aspectos algunas veces menos visibles. De esta forma, el servicio puede ser una simple división administrativa de trabajo o puede estar personalizado, por lo que la noción de personalidad jurídica es esencial, porque ella sólo puede eventualmente, otorgarle a un servicio cierta autonomía. PONTIER (1996), p.16.

b.ii) La teoría objetiva del servicio público.- DUGUIT señala que el servicio público es el fundamento y límite del poder gubernamental, es decir, la satisfacción de las necesidades de sus ciudadanos mediante la constitución de corporaciones de servicios públicos, no es tal, por la mera facultad de reservada de una actividad a favor del Estado, sino porque constituye una prestación esencial para la comunidad. “De acuerdo con ello, en adelante, el Estado está limitado por su derecho objetivo, el mismo que ha nacido de las exigencias de la conciencia social y de la solidaridad social y como consecuencia de la cual, el rol del Estado será el de asegurar que a través de los servicios públicos pueda realizarse la solidaridad social”. ZEGARRA (2005), p.45.

A través, de esta noción los publicistas de la escuela de burdeos identifican al servicio público como “toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y controlado por los gobernantes, porque el cumplimiento de esa actividad es indispensable para la realización y desenvolvimiento de la interdependencia social, y porque, además, es de tal naturaleza que no puede ser completamente asegurada sino mediante la intervención de la fuerza gobernante”. DUGUIT (1926), p. 73.

Nótese que en dicha definición, el elemento característico del servicio público para los doctrinarios de Burdeos, no es, como se pretendía señalar que la actividad sea de titularidad del Estado, sino su carácter esencial para el interés general.

La noción de servicio público que propugna DUGUIT y sus seguidores se basa en la idea, de que, lo que distingue a un servicio público de otra actividad es el carácter esencial de ésta para la colectividad, constituyéndose, por tanto, en el objetivo del Derecho administrativo y la función principal de la Administración pública. El aporte de Maurice HAURIOU a la teoría objetiva del servicio público, lo encontramos en su postura del Derecho público al considerar que el servicio público, es la obra a realizar por la administración pública y el poder público el medio de realización. En ese sentido, HAURIOU, opinaba que lo que define y da sentido a la gestión pública no es el fin (servicio público), sino los medios empleados, esto es el poder público. ZEGARRA (2005), p.49. Sin embargo, profundizando en el pensamiento del publicista de Toulouse, advertimos que sus planteamientos no son opuestos a la idea del servicio público como objetivo de la Administración Pública. El jurista francés afirmaba que el poder público subsiste e incluso está por encima del servicio público, ya que éste no puede definirse más que a través suyo. Con lo que reafirma su visión del Estado como institución o conjunto de instituciones: y define la función administrativa como actividad del organismo gubernamental y ejecutivo del Estado en tanto que se emplea en crecer y hacer vivir la institución del Estado. ZEGARRA (2005), p.50.

Con lo que, perfila a la gestión y función administrativa del Estado como objeto principal de la Administración pública sin restar importancia al servicio público como expresión del poder gubernamental.

Nuestra legislación confunde, a menudo, la noción de servicio público, al adoptar una orientación subjetiva en la determinación de esta categoría jurídica, lo que nos

lleva a una delimitación extensa del servicio público, que puede generar una publicación excesiva de las actividades económicas de naturaleza privada.

1.2.5.c) Modelos de servicio público:

c.i) Modelo de Servicio Público francés:

El servicio público se distingue principalmente por la titularidad estatal que ostenta. La actuación del Estado se legitima en base a la prestación de los servicios públicos esenciales, los cuales tenían a su cargo. El elemento determinante en torno al concepto de servicio público es la titularidad estatal con la cual el Estado califica a determinada actividad. Ello implica extraer del ámbito del mercado ciertas actividades, las cuales van a ser reservadas para el Estado. DANOS (2004), p. 175.

En el modelo francés, la noción de *service public* ha jugado un papel de relieve constitucional aún más importante. Se ha buscado dar un nuevo fundamento a la legitimación del Estado, caracterizado ya no por su poder de mando en relación de los ciudadanos (la *puissance publique*) sino, por estar al servicio de los ciudadanos (justamente el *service public*). De tal manera, el Estado deviene “*commis du social*”; su poder se transforma en función, su derecho de mandar deviene (en) deber de administrar (*gestire*) actividades en beneficio de los ciudadanos.

El ciudadano no debe ser considerado como un súbdito, constreñido a sufrir la imposición unilateral de la regla que limitan su autonomía y su libertad de comportamiento, sino como usuario de servicios (*usager*) y como tal beneficiario de la acción del Estado que debe ya tomar parte activamente en las actividades económicas sociales. SORACE (2006), p.16.

En este sentido tradicionalmente un servicio económico deviene (en servicio público como consecuencia de las intervenciones públicas, articuladas en tres fases: SORACE (2006), p.19.

En primer lugar, la apreciación, por parte del Estado o poder público de que asegurar la satisfacción de ciertas necesidades de la población fuera lo debido, porque deriva, de una constitución que garantizaba la libertad y dignidad humana o atribuía derechos sociales o, en todo caso, empeñaba a los poderes públicos a actuar para remover los obstáculos de orden económico o social a la igualdad y considerado justo por los representantes de los ciudadanos, se trata evidentemente de una apreciación política.

En segundo orden, la atribución, por parte de la Ley, al Estado o ente local de la titularidad de los servicios idóneos para satisfacer aquellas necesidades o autónoma decisión de la “asunción” del servicio por parte del poder político, permitida por una ley, por ejemplo sobre la municipalización de 1903, que fue la asunción de los servicios públicos por los municipios. En otras palabras nacía la competencia, es decir, el deber-poder de una administración pública de ofrecer, a todos los ciudadanos o a grupos de ellos, las prestaciones consideradas necesarias para satisfacer tales necesidades. Tales prestaciones eran ofrecidas con las modalidades que, desde los años treinta, se resumen en Francia en el trinomio *continuité, égalité y mutabilité* (Continuidad, igualdad y mutabilidad) y se requerían en todo caso contraprestaciones moderadas, sea cual fuere su costo.

La Administración pública se ocupa luego, directa o indirectamente de la gestión, es decir de la organización de la producción y de la distribución de las prestaciones en cuestión. Para la gestión directa, se utilizaban, como regla, módulos empresariales: en Italia se recurría a la fórmula de la empresa (*azienda*) pública autónoma, o bien aquella más antigua del ente público económico (es decir un ente público a cuya actividad se le aplicaba, sin embargo, el derecho privado) o de la sociedad bajo necesario control público. De forma alternativa una gestión indirecta constituyendo una especial relación con un particular, a través de la concesión, configurada como un acto administrativo unilateral. El concesionario debía ejercitar las actividades según modalidades que el poder público establecía con la concesión misma. No hay que olvidar que esta última, obligatoria en la experiencia española, permite conciliar la publicidad del servicio con exigencias de utilidad de empresas privadas, exigencias a las cuales no se le daba ciertamente una importancia secundaria.

Todo ello implicaba, casi naturalmente, que la actividad desplegada fuera subvencionada con fondos públicos o favorecida con las atribuciones de privilegios, como por ejemplo, el uso exclusivo y generalmente gratuito, de los bienes públicos, con la consecuencia de que, incluso frente a la ausencia de reservas o de derechos de exclusividad legales, se constituían monopolios.

Por otro lado los ciudadanos de los que se quería satisfacer las necesidades. en calidad de usuarios, estaban en una relación ambigua con las administraciones y los organismos que producían los servicios. Se trataba, en efecto, de una relación en algunos aspectos contractual pero en otros típicamente publicista, en relación, a la

cual, por ejemplo se pagaban tarifas, a las cuales se atribuían naturaleza de tasas (o en todo caso exacciones tributarias) más que de contraprestaciones. SORACE (2006), p.19.

Sin ir muy lejos nuestra legislación tributaria define las tasas, como el tributo cuya obligación tiene como hecho generador la prestación efectiva por el Estado de un servicio público individualizado en el contribuyente. (Artículo II, Título Preliminar del Código Tributario peruano).

En resumen el modelo de servicio público francés es intervencionista, con reserva de titularidad de la actividad a favor del Estado, con prestación directa e indirecta y califica la naturaleza jurídica de la relación como administrativista, legitimando al Estado frente al ciudadano; sin embargo esta doctrina que busca materializar los ideales de dignidad y solidaridad, tiene como principal inconveniente restringir el protagonismo del consumidor sustituyéndolo en la toma de decisiones en el mercado.

c.ii) Modelo de la public utility regulation de EE.UU.

En el modelo norteamericano no existen servicios de titularidad estatal, sino el Estado regula actividades que son de interés público (public utilities) por ser vitales para la población. El Estado no requiere extraer ninguna actividad del mercado, pero existe la necesidad de regular o disciplinar dicha actividad, estableciendo ciertos límites para el ejercicio de la actividad empresarial mediante imposición de condiciones, organismos reguladores, agencias de consumidores, entre otros. DANOS (2004), 175.

Para SORACE (2006), p.32, según este modelo, las actividades necesarias para satisfacer necesidades públicas, es decir que puedan considerarse “*service (...) which are public in their nature*” (servicios que son públicos en su naturaleza) pueden ser proporcionadas, tal cual como si fuera cualquier otra actividad económica, por empresas privadas (bajo el perfil de la propiedad y de la gestión); sin embargo, estas empresas deben estar sometidas al control de agencias, estatales o federales, autónomas (*Independent Commissions*) especializadas, a fin de buscar obtener el resultado de una conciliación entre el objetivo privado de la maximización de utilidades de la empresa con el interés público a que se asegure a la ciudadanía la prestación de servicios adecuados a precios moderados.

Según este modelo de intervención pública, no se tiene la asunción por parte de los poderes públicos de la tarea de desarrollar una actividad económica. Si una empresa

privada despliega un tipo de actividad tal que puede considerarse “*affected with a public interest*” (afectados con un interés público), la circunstancia es presupuesto suficiente para sujetar a la empresa a una *regulation* pública particularmente incisiva. SORACE (2006), p.32.

Las empresas que ejercitan actividades *affected with the public interest*, están sujetas a un particular régimen jurídico. En primer lugar le vienen impuestos deberes definidos en términos generales por las leyes federales y estatales. (...) Tales empresas deben satisfacer a todos aquellos que en cualquier momento soliciten la prestación del servicio, con la consecuencia de que en ciertas situaciones la empresa deberá hacer inversiones no autónomamente rentables, eventualmente cubriendo los correspondientes costos con mayores utilidades que se puedan obtener en otras situaciones, debe organizarse de manera que disponga de una reserva de capacidad de producción de los servicios. El servicio debe corresponder a determinados requisitos de seguridad y calidad, debe ser prestado en condiciones de igualdad para todos aquellos que pertenecen a una cierta categoría (se puede en efecto establecer categorías distintas, por ejemplo, por lo que se refiere a las tarifas) para el servicio debe requerirse un precio que las autoridades de regulación consideren “*Justa and reasonable*”. SORACE (2006), p.33.

A este tipo de deberes pertenece aquél con objetivos de política social, en particular en el sector de las telecomunicaciones de asegurarse el “servicio universal”.

Pero el particular régimen jurídico de las empresas de las cuales se está hablando no está constituido solamente por específicos deberes sino también por específicos derechos. Por ejemplo, a la empresa le debe ser garantizado una contraprestación que debe resultar razonable y de la cual debe serle asegurado un pago efectivo y puntal (sic). Razonables debe ser también las modalidades impuestas para el desarrollo del servicio. SORACE (2006), p.36.

Un aspecto particularmente característico del régimen jurídico de estas empresas es además que a ellas le puede ser reconocida, en algunos aspectos, el derecho a estar protegida por la competencia, también mediante particulares concesiones (*franchisings*) tales como el uso de las vías públicas y otros servicios locales.

En efecto, para comprender plenamente las diferencias entre la experiencia europea y la de los Estados Unidos, se precisa tener muy presente que más o menos en el mismo periodo en el cual se elaboró el modelo de intervención sobre las empresas

que despliegan actividades affected with the public interest es aprobado en los Estados Unidos la primera ley (el Sherman Act de 1890) que declara ilegales a nivel federal las restricciones a la libertad de comercios y la constitución de monopolios imponiendo así a las empresas se someterse a la competencia (sic).

Las dispensas parciales de esta obligación que son admitidas para las empresas que ejercitan actividades de interés público constituyen una excepción a la regla. El modelo de *service public a la française* se realiza normalmente garantizando un monopolio (de empresas públicas). Tiene un puesto importante en el modelo de los USA la atribución de las competencias de regulación a especiales órganos administrativos, las *Independent Regulatory Commission*. (...)

A ellas se ha (sic) hecho recurrido considerando que tanto los jueces como los legisladores fueran inadecuados para actuar el conjunto de intervenciones públicas necesarias para obtener el resultado de que las empresas privadas operen también para asegurar la satisfacción de las necesidades públicas. SORACE (2006), p.36.

Como se ve el enfoque americano a los problemas resueltos con el modelo del *service public a la française* es bastante distinto a este último: la idea de fondo es que el Estado (y los poderes públicos en general) no deben organizar la producción y la distribución de servicios de interés público, sino más bien debe asegurar la satisfacción de los intereses públicos pero imponiéndoles, a través de la intervención de agencias independientes, además del respeto de la competencia, como regla, también, otros deberes funcionales para satisfacción de intereses públicos. SORACE (2006), p.36.

El modelo norteamericano propugna la libertad de mercado y empresa, pero poniendo especial control a las actividades que satisfacen necesidades de interés general, lo que ha venido a denominarse “la regulación”; ello tiene por objetivo velar por que esos servicios sean brindados en condiciones de igualdad, calidad, idoneidad y tarifas razonables a la población. Cabe también la posibilidad de restringir la competencia en este modelo, dado que si bien la regla general es permitir la concurrencia ilimitada de los privados a la prestación del servicio, se puede excepcionalmente limitar temporalmente la competencia por cuestión de interés general hasta que sea posible actuar mediante las reglas del mercado.

Como lo ocurrido en nuestro país tras la privatización de las empresas públicas Entel y CPT S.A. a Telefónica del Perú, donde se estableció mediante contrato un periodo

de concurrencia limitada de 5 años a favor del concesionario, imponiéndose como único operador del mercado de telecomunicaciones entre 1994 a 1998.

c.iii) Modelo de servicio de interés económico general del derecho comunitario europeo.

La comunidad europea busca encontrar un equilibrio entre la vieja noción de servicio público y los nuevos valores que inspiran a la unión. El objetivo inicial era el establecimiento de un mercado común, y la integración económica y monetaria entre los países miembros. Todo ello en el marco de las reglas de libre competencia y libertad de mercado para las actividades económicas.

Es así que el modelo europeo atraviesa por diversas etapas en el proceso de consolidar una noción comunitaria de las actividades de interés general.

- En un primer momento, el escenario comunitario estuvo marcado por la influencia de los países nórdicos que instauraban políticas de libre competencia incompatibles con la tradición jurídica del servicio público francés, caracterizado por actuar en régimen de monopolio en su gestión, sin embargo, el Acta Única Europea de 1986 reconoce de forma générica la categoría de servicio público, al enunciar en su artículo 73 (ex – artículo 77) que esa noción es compatible con dicho tratado; lo que refleja la fuerte pugna al interior de la Unión Europea entre los países miembros con tradición de servicio público y aquellos cuyos planteamientos radicales niegan al Estado toda función interventora. ZEGARRA (2005), pp. 206-207.
- Situación que se agudiza cuando la Comisión europea apela a las facultades conferidas en el artículo 90 del Tratado de la Unión Europea (en adelante TUE) para evitar que los Estados miembros en razón al interés público que subyace a determinados servicios limiten, restrinjan o pongan excepciones a la libre competencia con el fin de garantizar los objetivos de mercado interior o único de la Unión Europea, es entonces donde se reconoce a esas actividades como servicio de interés económico general.
- En el Tratado de Maastrich de 1992, se modificó el marco normativo de la Unión Europea, donde se plantea la necesidad de una intervención moderada de sus instituciones en la economía para regular los denominados servicios de interés general. MARTIN REBOLLO, dice: “por una razón de principio y hondo calado: porque se duda de que, para lograr los objetivos que se plasman en

algunas políticas comunitarias y salvaguardar los valores que subyacen en ellas, sea suficiente con confiar exclusivamente en el mercado. ZEGARRA (2005), p. 212.

- En efecto, el influjo de las raíces del servicio público en los países miembros dominados por esa doctrina, llevó a postular un proyecto de Carta Europea de Servicio Públicos a Francia, el cual, contó con el apoyo inicial de algunos Estados pero no logró concretarse como norma comunitaria.
- Sin embargo, el Tratado de Maastricht contribuyó a reformular la misión de la Comunidad Europea, al modificar el artículo 2 del TEU, asignando “la tarea de promover no únicamente el desarrollo armonioso de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, sino también realizar la cohesión económica y social. Y más importante aún, como señala MALARET, la elevación de la calidad de vida y la solidaridad entre los Estados miembros; lo que constituyó una reorientación fundamental en el rumbo de la Unión Europea, que a partir de ella, reconocerá la importancia de su rol regulador en los servicios de interés general de ámbito comunitario. ZEGARRA (2005), p. 211.
- El Tratado de Ámsterdam de 1997 reconoció a los servicios de interés general como valores inherente a la cultura de los países que forman parte de la Unión Europea, así como la función que cumplen en el contexto social y económico para lograr una mayor cohesión. A su vez, también reconoce en un nuevo artículo 16, la importancia de los servicios de interés económico general en el ámbito de los valores comunes de la Unión Europea y establece que la Comunidad y los Estados miembros tienen que procurar que tales servicios funcionen con base en principios y condiciones que les permitan absolver las tareas respectivas. . ZEGARRA (2005), pp. 215-216.
- Esa misma idea es remarcada en el artículo 36 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada el 07 de diciembre del 2000. Al catalogar a los servicios de interés económico general como instrumento de promoción de la cohesión social y territorial, lo cual muestra, una vez más la importancia que se les quiere conceder en el seno de la Unión. Empezando a relativizar los preceptos de competencia, dado que la autoridad pública a cargo de la asignación de las obligaciones del servicio público, puede atribuir a las empresas encargadas de la gestión de estas actividades derechos especiales

(como la limitación del número de operadores en el mercado), hasta exclusivos (o sea la limitación de una situación de reserva), bien sea en la medida estrictamente proporcional al resultado a conseguir. ZEGARRA (2005), p. 217.

- Por último, no podemos dejar de mencionar el Libro Verde sobre los servicios de interés general, de 21 de mayo de 2003, reconoce el debate (comunitario) en torno a los servicios de interés general (que) ha evolucionado y, además, se ha centrado en otros aspectos como los de velar por un buen funcionamiento de los servicios públicos, preservar el pluralismo de los medios de comunicación, así como el ya referido derecho de acceso (universal) a los servicios de interés económico general consagrado en el artículo 36 de la Carta de los Derechos Fundamentales. Que da surgimiento a su vez al Libro Blanco sobre los servicios de interés general de 12 de mayo 2004, en el que se expone el planteamiento de la comisión “que busca conferir un papel positivo a la Unión Europea en el desarrollo de los servicios de interés general de calidad, y presenta los principales elementos de una estrategia orientada a garantizar el acceso a servicios de calidad u asequibles a todos los ciudadanos y empresas de la Unión. ZEGARRA (2005), pp. 219-221.

En suma, el modelo europeo ha estado caracterizado, en un inicio, por su apego a las reglas de la competencia y su plena confianza en los principios de libre mercado, dejando a un lado la vieja noción de servicio público, la misma que se ha resistido a desaparecer de la manos de los países con esa tradición jurídica, lo cual, trato como consecuencia el reconocimiento de los denominados servicios de interés económico general, que es la expresión europea del servicio público francés, con rasgos de apertura a la competencia, gestión n tanto pública como privada y régimen jurídico privado, en cuya regulación los Estados miembros busca principalmente garantizar el acceso universal y la calidad de dichos servicios.

1.3. ENFOQUES SOCIO-JURÍDICOS APLICADOS EN EL CASO CONCRETO.

1.3.1. El principio de igualdad y la protección constitucional del consumidor de servicios públicos:

La noción de servicios públicos es anterior a la de consumidor en nuestro país, sin embargo; la Constitución de 1993 ha recogido en su artículo 65, una clausula única

mediante el cual se reconoce los derechos de los consumidores y usuarios de forma general, sin atender a las diferencias estructurales del mercado de servicios públicos donde el Estado actúa mediante políticas de regulación sectoriales principalmente para garantizar la eficiencia y acceso de los servicios por la falta de vocación competitiva de esos sectores, cuya autoridad está a cargo de un organismo regulador sea OSIPTEL, OSINERGMIN u OSITRAN, entre otros. Mientras que en los demás mercados donde si es posible la competencia, el Estado actúa su rol de vigilante del mercado mediante un agente de competencia como el INDECOPI, quien va garantizar información, idoneidad, seguridad e incluso salud de los consumidores.

Por tanto, conforme la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en su sentencia recaída en el Expediente N° 02974-2010-PA/TC, f. 6, ha reconocido, “si por efecto del artículo 2 inciso 2 de la Constitución, existe el derecho a la igualdad tanto formal y material como principio constitucional, en su faceta de igualdad ante la ley esto implica que “(...)la norma debe ser aplicable, por igual, a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma”. Contrario sensu, una norma no debe ser aplicada igual a aquellos que se encuentren en desigualdad de condiciones. Desde el Constitucionalismo moderno se ha reconocido que dicho enunciado no solo significa que todos los ciudadanos concurriramos en igualdad de derechos ante la Ley, sino que hoy en día, la igualdad implica un límite para el legislador, que no puede promover leyes que tengan incursas una diferencia de trato irrazonable y por tanto discriminatoria. Pero a su vez, distingue entre lo que constituye una discriminación y una diferenciación que es trato desigual fundada en una causa objetiva, razonable y por tanto justificada.

En consecuencia, si el principio de igualdad en un sentido amplio, postula que todos somos iguales entre iguales, es decir, que resulta discriminatorio cuando damos un trato desigual a personas que se encuentra en igualdad de condiciones o contrario sensu damos un trato igual a personas en desigualdad de condiciones. Solo existe la posibilidad de dar un trato diferenciado a personas que están en igualdad de condiciones o dar un trato igual a personas en desigualdad de condiciones, cuando estas se funden en causas objetivas y razonables. Entonces, siendo el derecho a la igualdad no solo un límite para el legislador ordinario sino también para el legislador constitucional o poder constituyente. El artículo 65 que establece condiciones iguales a sujetos que se encuentra en desigualdad de condiciones sin que exista causa

objetiva o razonable que lo justifique, como son los consumidores de servicios públicos y los consumidores ordinarios resulta discriminatorio y por tanto, contrario al principio constitucional de igualdad.

Es a partir de esa hipótesis que hemos desarrollado la presente investigación, la misma que propone enmiendas constitucionales destinadas dar solución al problema planteado ¿Por qué los consumidores de los servicios públicos regulados requieren una protección especial en la Constitución Política del Perú?.

1.3.2. El servicio público en el Perú:

La noción de servicio público peruano aunque de tradición francesa, ha seguido una evolución distinta a la experiencia gala, ya que mientras ésta, tuvo como fuente principal a la jurisprudencia como el *Arrêt Blanco* que permitió definir la competencia de la jurisdicción contenciosa-administrativa en materia de servicio público y posteriormente el *Arrêt Terrier* (1903), *Arrêt Feutry* (1908) y el *Arrêt Thérond* (1910) y también la doctrina que delimita sus elementos.

En el caso peruano es la Ley su principal fuente, que introduce el término, pero de forma generalizada y desde luego sin distinguir entre función pública y servicio público, de manera que el uso de la categoría no refleja inicialmente aquellas actividades a las que se debe otorgar dicho régimen jurídico.

Desde el siglo XIX, la expresión ha estado presente en la legislación peruana tanto para referirse a aquellos servicios tradicionalmente prestados en la colonia como a las nuevas funciones del Estado policía o gendarme que propicio el liberalismo económico.

El Decreto del 31 de diciembre de 1873, el control a través de las fuerzas públicas era denominado como servicio de policía. ZEGARRA (2005), p.305.

Si analizamos los rasgos característicos del servicio público en el Perú, observaremos que no es ajeno a los elementos constitutivos del servicio público francés. En ese sentido, la titularidad pública de determinados servicios de interés social, se evidencia mediante los denominados “privilegios de explotación” que otorgaba el Estado a los particulares para la prestación de dichos servicios. Admitiendo de forma temprana la gestión indirecta de los servicios públicos.

Bajo esa fórmula tenemos el Decreto del 6 de agosto de 1852 que admite una propuesta para establecer un ferrocarril entre Arica y Tacna. De igual forma la Ley

del 26 de octubre del 1868 que autoriza al Poder Ejecutivo la licitación de la vía férrea de Lima a Pisco. ZEGARRA (2005), p.306.

El interés público que distingue la noción clásica de servicio público, es enunciada con la expresión “utilidad pública” en nuestra legislación; esto nos lleva a pensar que el legislador buscaba con dicho término justificar el desarrollo de determinada actividad y a su vez garantizar la prestación de la misma, por encima de servir de criterio delimitador de la competencia administrativa. Exigiendo a partir del reconocimiento de su utilidad pública, obligaciones propias de servicio público como la continuidad en la prestación.

Al respecto tenemos el artículo 3 de la Ley de 9 de noviembre de 1893 que prescribe “(...) Declárese de utilidad pública la construcción de ferrocarriles (...)”. Y el Decreto del 11 de noviembre del 1850 que aprobaba un contrato para dar agua potable al Callao y que en su artículo 1 disponía “El Dr. Gallagher se compromete a dar constantemente en todo tiempo por la cañería de fierro el agua necesaria para el consumo de la población del Callao y de los buques de la bahía (...)”. ZEGARRA (2005), pp.306-307.

El único elemento que no ha tenido un origen en la noción de servicio público en nuestro país, ha sido el régimen jurídico exorbitante, ya que desde un inicio ha estado vinculado a la Administración pública regido por las normas del Derecho Público; dicha situación no se da a consecuencia del nivel de conciencia alcanzada por el Estado sobre el interés general a garantizar por ese medio los servicios, sino por una mera confusión que lleva a considerar el término servicio público como sinónimo de la labor de la Administración pública. Confundiendo los contenidos de servicio público con tareas de función pública.

Así encontramos el Decreto de 20 de abril de 1864 que disponía abrir un empréstito para “subvenir el servicio público”, mientras que una Ley de 13 de octubre de 1890 creaba plazas de servicio público en la Dirección General de Hacienda y en Aduana del Callao y, el Decreto de 8 de noviembre de 1894 que disponía “Que las urgentes necesidades de servicio público requieren el pago de algunas contribuciones departamentales. ZEGARRA (2005), p.308.

En el siglo XX, podemos distinguir tres etapas del desarrollo de los servicios público en el Perú, partiendo de una mejor delimitación de los servicios esenciales de carácter económico y un rol más protagónico del Estado.

Así la Resolución Legislativa N° 4636 de 21 de marzo de 1923 en su artículo 9 establecía “las tarifas para el servicio público de los ferrocarriles y muelles serán establecidas de acuerdo entre el Gobierno y el concesionario y revisada cada cinco años, en la misma forma. Y la Ley N° 6188 de 27 de abril de 1928 declara de utilidad pública la Empresa de alumbrado público en Moquegua, de manera que fue materia de expropiación, pasando de manos privadas a la gestión en el ámbito municipal. ZEGARRA (2005), pp.311-312.

De este modo el gobierno nacional asume la gestión directa de los servicios públicos, como titular y a su vez garante de la prestación del servicio; para lo cual promovió la reorganización y desarrollo de los servicios, sin tener en cuenta que con ello creaba los monopolios estatales.

Con lo que en la primera mitad del siglo XX, se concretó el traspaso de la prestación de servicios de carácter local a las municipalidades, lo que llama ZEGARRA, “la municipalización de la gestión”, luego en la década de los 60, se dio paso a la gestión de fórmulas societarias “que implicaban la creación de un persona jurídica autónoma pero que permanecía en el ámbito estatal”.

A propósito la Ley 13979, de 5 de febrero de 1962, facultó al Poder Ejecutivo a que organice empresas autónomas con personalidad jurídica en los ferrocarriles del Estado, el servicio de agua potable de Lima y los servicios eléctricos del Estado. ZEGARRA (2005), p.313. Surgiendo así las empresas estatales de servicios públicos. Cuyo fenómeno generó la estatización de los servicios de interés público y la nacionalización de empresas privadas en la década de los 70, con ello el Estado consigue concentrar todas las actividades de interés social y revierte la gestión de determinados servicios administrados por las municipalidades a manos del gobierno central, que se encarga de ellas a través de empresas públicas.

En esta etapa mediante Decreto Ley 17881, de 7 de noviembre de 1969, con la adquisición de las acciones de la ITT en la compañía de Teléfonos, se dispuso el establecimiento de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones del Perú (ENTEL-PERU) y vía Decreto Ley 19538, de 19 de setiembre de 1972, se aprobó la Ley Orgánica de la Empresa Nacional de Ferrocarriles del Perú (ENAFER-PERU), con Decreto Ley 19251, de 5 de noviembre de 1972, se crea la Empresa Pública de Electricidad del Perú (ELECTRO-PERU) y por Decreto Ley 21513, de 6 de agosto

de 1976, se creó la Empresa Nacional, de Transporte Urbano del Perú (ENATRU-PERU). ZEGARRA (2005), pp.313-316.

En esta etapa que transcurre entre las décadas del 70 y 80 se llega a considerar como servicios públicos a aquellas actividades que podrían ser mejor gestionadas en régimen de competencia y apertura de mercado. El Estado empieza hacerse tan grande, lo que provocó la burocratización del servicio público y consecuentemente la ineficiencia e ineficacia de la gestión de los servicios. Lo que pone en peligro la continuidad de la prestación, ante una demanda creciente producto de la explosión demográfica, migración del campo a la ciudad y la diversificación y aumento de las necesidades de la población, mientras por otro lado existe una mínima capacidad del Estado de expansión de los servicios públicos, imposibilidad de mejoras tecnológicas, con tarifas subvencionadas y desde luego mala calidad de los servicios. El Estado tuvo que claudicar en su afán de brindarlo todo, en un contexto político-económico adverso al intervencionismo estatal, que exigía la liberalización de las actividades económicas reservadas por el Estado y la privatización de las empresas públicas.

Como consecuencia de la reorganización económica del Estado sumida en la crisis de la hiperinflación y escuchando el reclamo de los agentes económicos de un mayor protagonismo de la iniciativa privada, a inicio de los 90 se inició el proceso de privatización de empresas estatales con la conformación de las COPRI y CEPRI y de liberalización de los servicios públicos mediante el régimen de concesiones aun cuando la titularidad seguía siendo del Estado, quien otorgaba los títulos habilitantes para la explotación y suscribía los contratos con las empresas concesionarias.

En el sector eléctrico, a través del Decreto Legislativo 649, de 16 de julio de 1991, “se declaró de interés nacional la promoción de inversiones privadas en las empresas regionales de servicio público de electricidad” y mediante Decreto Legislativo 702, de 5 de noviembre de 1991, se declaró de necesidad pública el desarrollo de las telecomunicaciones y se aprobaron las normas que regulaban la promoción de la inversión privada. Además, el Decreto Legislativo 674, Ley de Promoción de la Inversión Privada en las empresas del Estado, promulgada a fines de setiembre de 1991, creó para la conducción integral de las privatizaciones a la COPRI y las CEPRI de cada caso. La COPRI era el Órgano máximo formado por varios Ministros y

reportaba al Consejo de Ministros. La CEPRI era el Comité Especial que condujo el proceso de privatización de una o varias empresas.

Todo ese proceso fue afianzado tras la dación de la Constitución de 1993, que establece las libertades y garantías económicas como la libre iniciativa privada y libertad de empresa, comercio, industria, la libertad de contratación y libre competencia, pero a su vez establece un límite a la iniciativa pública mediante el principio de subsidiariedad en materia económica.

La década de los 90 fue el escenario para el surgimiento de los organismos reguladores de los servicios públicos como el OSIPTEL, OSINERG y SUNASS e incluso OSITRAN, cuyo objetivo es la regulación económica del servicio pero a su vez la promoción de la competencia en sus sectores en tanto sea posible.

Todo lo cual, no hace más que corroborar que la noción de servicio público actualmente en el Perú, se encuentra en un proceso de replanteamiento, dado que muchos de sus elementos se han relativizado, por la apertura del mercado, actuación en régimen de competencia y el nuevo rol regulador del Estado.

A modo de conclusión, podemos señalar que el servicio público en el Perú ha estado permanentemente influido por el contexto político y la corrientes económicas imperantes, lo que explica que existe hoy en día una gran presencia del Estado en la gestión de servicios públicos paralelo a su función reguladora que adolece de autonomía y fortaleza institucional frente a las investidas de los intereses del poder político y grupos económicos.

1.3.3. Los conflictos sociales de consumo:

Una de las circunstancias donde se hace necesario la protección especial de los usuarios de los servicios públicos, y a que venimos asistiendo en estos tiempos como fenómeno social que debe ser atendido por el Estado, son los denominados conflictos sociales de consumo que viene ocurriendo en el país de forma reiterada y con un patrón común en la causa de su detonante la falta de satisfacción de los servicios públicos, tal es el caso de los llamados Andahuaylazo, Huanucazo y Ucayalazo que son reclamos sociales de la población cohesionada por un problema común en la facturación o mala calidad en los servicios públicos domiciliarios lo que evidencia la carencia y necesidad de una protección constitucional efectiva de los consumidores de servicios públicos regulados.

Una aproximación a la definición de conflicto social de consumo, sería desde nuestro punto de vista, una manifestación social colectiva espontánea de la población cohesionada por un problema común y reiterado que surge como consecuencia de la prestación de un servicio público y cuyo detonante es la falta de protección efectiva de los intereses y derechos del consumidor por el Estado.

Caso 1: Andahuaylazo

El 12 de marzo del 2015, los pobladores de la ciudad de Andahuaylas en la región de Apurímac iniciaron un paro indefinido contra la empresa prestadora de energía eléctrica Electro Sur Este, por problemas de cobros excesivos y mala calidad del servicio, dichas protesta social se prolongó por más de una semana dejando como saldo personas muertas, heridos, cuantiosos daños materiales y pérdidas económicas económicas.

Según, Diario El Comercio, “¿Cuál fue el detonante para iniciar esa movilización? La empresa Electro Sur Este, que brinda el servicio de energía eléctrica, tuvo un error de lectoría para la facturación en los recibos: en diciembre se facturó por 25 días, mientras que en enero se facturó por 35, explicó a El Comercio el jefe de la compañía, ingeniero Mario Rozas Ramírez.

Del total de casi 42 mil clientes de toda la zona, en el proceso de facturación se han visto involucrados 5.600 aproximadamente. Menos días en diciembre y más días en enero. No se ha mantenido un promedio (30 días), es un error”, comentó acotando que el problema se está superando”. (Fuente: Diario El Comercio, 13 de marzo del 2015).

Sin embargo, no es el único problema de servicio público de Andahuaylas, así tenemos que solo el 52% de su población urbana tiene agua y alcantarillado conforme estudio Barreras del Crecimiento de Apurímac, llevado a cabo por el economista Richard Webb del Instituto del Perú de la Universidad San Martín de Porras, patrocinada por el Banco Interamericano de Desarrollo – BID, entre sus conclusiones señala que la región tiene entre como barrera de desarrollo mala infraestructura, que se manifiesta en su servicios públicos domiciliarios con cifras como:

- Baja densidad de telefonía pública, fija (5ta más baja) y móvil (4ta más baja).

- Bajo acceso a internet: “96% distritos con internet” pero accede 8% población rural, 8% población indígena, 0.1% hogares rurales (indicadores nacionales).
- Bajo acceso a electricidad: 58% coeficiente electrificación (4to más bajo).

Caso 2: Ucayalazo

El 09 de marzo del 2016, El Frente de Defensa de Ucayali, convoco al primer Ucayalazo para protestar contra el excesivo precio de los servicios básicos como la energía eléctrica, el agua y desagüe y el gas, dicho conflicto social se prolongó por más de 15 días, agudizándose mediante actos vandálicos y saqueos que ocasionaron graves pérdidas económicas para la región, además de detenidos y heridos por los enfrentamientos con los efectivos policiales. Al final el Gobierno Central conformó una mesa de diálogo para atender las demandas de la población.

Según el Diario La República, la huelga indefinida de la región Ucayali para exigir la rebaja de las tarifas eléctricas deja hasta el hoy 68 personas detenidas y miles de soles en pérdidas económicas. (Fuente: Diario La República, 15 de marzo del 2016).

Caso 3: Huanuazo

El 29 de marzo del 2016, el Frente Único Regional de Huánuco - FUR convocó a una marcha en contra de Electrocentro y Telefónica por el mal servicio que brindan. El malestar de la población se habría generado porque la Empresa distribuidora de energía eléctrica - Electrocentro, no habría comunicado a los usuarios de los cortes de luz programados ni explicado las causas de los cortes intempestivos del servicio eléctrico que generó averías de artefactos eléctricos. Lo que genero la protesta social de la población que desencadenó en hechos de violencia.

Otras experiencias nacionales y extranjeras:

Se debe tener presente, que estos problemas de consumo en los servicios públicos no es ajeno a una sola región sino que se generaliza en todo el país, generándose una caldo de cultivo de futuras protestas sociales que pueden surgir en cualquier momento, ya sea por la mala calidad y cobros excesivos de los servicios de energía eléctrica, agua potable, telefonía o gas natural y ante ese escenario se requiere una respuesta de Estado, que este enmarcada en el ordenamiento constitucional.

Situaciones como el corte de energía eléctrico por 15 horas en Ayacucho y 45 minutos en Arequipa el 27 de diciembre del 2016, la imposibilidad de la provincia puneña de Carabaya de pagar 115 mil soles por el consumo mensual aproximado de un megavatio a Electropuno o la restricción de agua potable en Trujillo el 24 de noviembre del 2016 puede detonar nuevos conflictos sociales de consumo.

Es importante resaltar que este fenómeno social no se presenta únicamente en nuestro país, así casos como los ocurridos en el norte del Cauca, Argentina, 10 de febrero de 2016, donde más de 600 personas, procedentes de la vereda Munchique, del municipio de **Buenos Aires**, arribaron a las instalaciones de la empresa de servicios públicos del sector eléctrico, **EPSA**, propietaria de la represa de Salvajina, hidroeléctrica ubicada en el río Cauca, jurisdicción del municipio de **Suárez, norte del Cauca**, para protestar por el mal servicio de energía, cuya responsabilidad recae en la **Compañía Energética de Occidente**.

También lo ocurrido el 07 de marzo del 2016 en Barranquilla, Colombia, donde moradores de la zona bloquearon la vía Barranquilla – Santa Marta para protestar por la interrupción del servicio de energía.

Desde luego, esto impone el deber para cada Estado de establecer regulaciones para mejorar la protección a nivel constitucional y legal de los usuarios de servicios públicos.

Lo que nos lleva, afirmar que estos conflictos sociales generalizados donde los usuarios se organizan de forma colectiva para exigir sus derechos están cambiando indefectiblemente la concepción de la regulación de los servicios públicos, ya que el Estado no solo en su rol supervisor sino también como garante de servicios esenciales a su población debe fortalecerse para hacer frente a las empresas concesionarias que vulneran los derechos de sus usuarios.

Siendo una primera tarea hacer más efectiva la protección de los consumidores de servicios públicos, partiendo para ello del marco constitucional donde se debe dar una protección prioritaria y especial para luego afianzar la institucionalidad de los organismos reguladores como órganos constitucionalmente autónomos.

1.3.4. La autonomía constitucional de los reguladores:

Si nos remontamos al escenario convulsionado de inicio de la década del 90, donde se vivía una crisis económica y social en nuestro país, se puede afirmar que pocas son las acciones que han tenido tanta trascendencia en vida económica del país como la creación de los organismos reguladores, que se dio en el marco de la liberalización de actividades tradicionalmente reservados al Estado, como la energía eléctrica, las telecomunicaciones, las carreteras, puertos y aeropuertos. Los cuales eran gestionados y prestados por el Estado, ante la ineficiencia pública son concesionados a empresas privadas, que van actuar con incentivos económicos distintos al Estado buscando maximizar sus utilidades, es por ello que se hace necesario conciliar el interés público con el interés privado mediante la regulación a cargo de un órgano técnico.

Y resalto el término técnico, porque la experiencia populista de los gobiernos de turno en el siglo XX, nos demuestra que el servicio público fue instrumentalizado por el poder político para mantener su aprobación popular, lo que creo ineficiencia y a la postre la crisis de la empresa pública que había sido burocratizada y politizada con vaivenes tarifarios sin criterio técnico, lo que término desencadenando su privatización.

Con ello, llegó la incorporación de dos actores en escenario de la economía nacional como es el agente de competencia que es el INDECOPI, encargado de velar por la libre y leal competencia en el mercado y la protección de los derechos de los consumidores y usuarios en general y defensa de la propiedad intelectual. Y los organismos reguladores para cada sector de interés general y donde existía falla de mercado estructural que impedía el desarrollo de la competencia.

El primer problema con que tuvo que enfrentarse los organismos reguladores a diferencia de Indecopi que recibió el encargo de vigilar mercados donde la iniciativa privada era preponderante, era que en los servicios públicos hasta la actualidad los supervisados son empresas públicas en un porcentaje importante. Lo que hace que el Estado no tenga incentivos para fortalecer la autonomía de los reguladores.

“En términos del diseño institucional, todos los servicios públicos en el Perú son regulados por un organismo sectorial de carácter especializado, cuya dirección está a cargo de un cuerpo colegiado denominado Consejo Directivo.

El diseño institucional de la regulación, basado en un organismo regulador independiente, se enfrenta con dos problemas: (i) el oportunismo gubernamental, reflejado en la presión del poder político al organismo regulador. Frecuentemente, la presión se dirige a aumentar el periodo de depreciación de los activos, a reconocer un menor valor de los activos invertidos, a sobreestimar la demanda del servicio regulado o a modificar el mecanismo regulatorio bajo el cual se concedió el servicio público, de forma que el organismo regulador establezca menores tarifas con la finalidad de obtener réditos políticos de corto plazo. (ii) La captura regulatoria, reflejada en la presión directa o indirecta, por parte de la empresa regulada y en dirección inversa a la indicada, para que el organismo regulador disminuya el periodo de depreciación de los activos, reconozca un mayor valor de los activos invertidos, subestime la demanda del servicio regulado o altere el mecanismo regulatorio bajo el cual se concedió el servicio público, a fin de establecer mayores tarifas y permitir que la empresa regulada obtenga beneficios más elevados” (Pérez y Távara, 2009, p.12).

Así como existe fallas de mercado, también existen fallas del Estado y una de ellas es la captura del regulador, por el cual, el organismo renuncia a su autonomía y es influenciado por los grupos de presión, sea gobierno o empresa prestadora que en principio propician la adopción de decisiones en consonancia con su interés particular pero que resultan perniciosas para el bienestar general y generan la pérdida de credibilidad de la ciudadanía no sólo en la institucionalidad sino principalmente en el régimen económico.

“Dependiendo del contexto político e institucional, la captura regulatoria puede operar utilizando distintos mecanismos y mediaciones, que involucran la participación de líderes políticos y altos funcionarios de los gobiernos. En cualquier caso, bien se trate de oportunismo gubernamental, de captura regulatoria o de una combinación de ambos, si el regulador no cuenta con suficiente independencia para enfrentar al poder político y económico, se obtendrá como resultado un nivel de inversión no óptimo e ineficiente, por exceso o por defecto. Esto afecta el bienestar de los consumidores, en especial de los consumidores futuros, debido a la volatilidad que tendría la inversión en dicha industria” (Pérez y Távara, 2009, p.12-13).

Consiente de esa falencia del sistema, hace año un sector de la academia en el Perú, viene exigiendo el reconocimiento constitucional de los organismos reguladores para

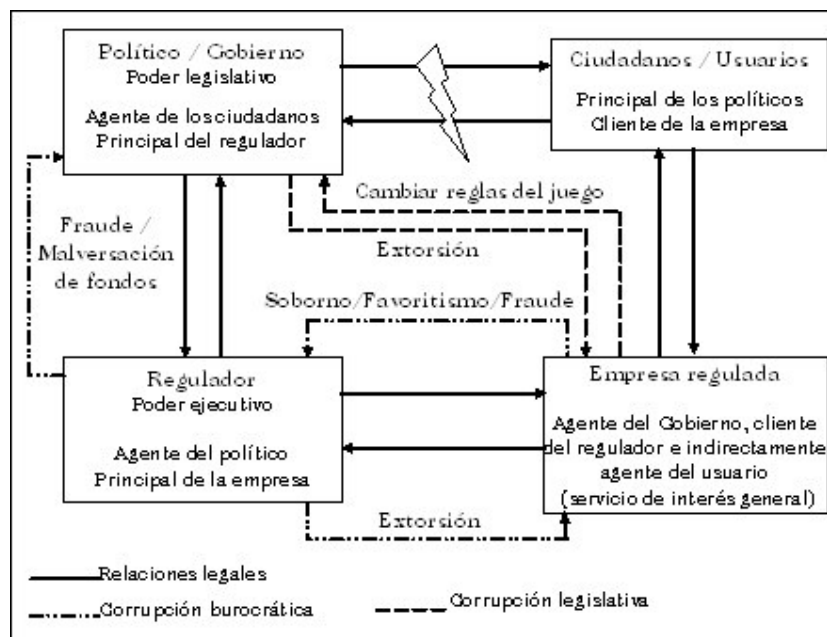
permitir doble protección, en primer orden blindar de las investidas legislativas que buscan cambiar las reglas de juego sobre la toma de decisiones de los reguladores y los órganos de gobierno, alentado por el Lobby del poder económico que prefieren un regulador debilitado y sumiso a sus intereses, además del populismo eventual de algún candidato que exige cambios de modelo, claro que el reconocimiento Constitucional no garantiza la imposibilidad de modificar la institucionalidad, pero si brinda mayor estabilidad y autonomía de la mayor jerarquía normativa. El problema con la introducción de los reguladores como órganos Constitución, es que se requiere un fundamento del objeto constitucionalmente protegido. Ya que cada organismos constitucionalmente autónomo contemplado en la Constitución tiene como fin la protección de un interés público constitucional. Así, el Jurado Nacional de Elecciones, el derecho al sufragio, El Ministerio Público, la defensa del interés de la sociedad y El Consejo Nacional de la Magistratura, cautelar la debida administración de justicia. Para nosotros el interés constitucionalmente protegido con el reconocimiento constitucional de los reguladores viene a ser la protección constitucional del consumidor de servicios públicos.

“Por ello es fundamental contar con un organismo regulador que tenga independencia y autonomía, a la vez que rinda cuentas de sus decisiones. El resultado esperado es que estas decisiones tengan credibilidad para la empresa regulada y legitimidad frente a la sociedad civil. La legitimidad y la credibilidad en el regulador son elementos claves al momento de tomar decisiones de inversión, especialmente en industrias con altos costos hundidos, y en esa medida tienen un impacto sustantivo en el bienestar de los consumidores, presentes y futuros” (Pérez y Távara, 2009, p.13).

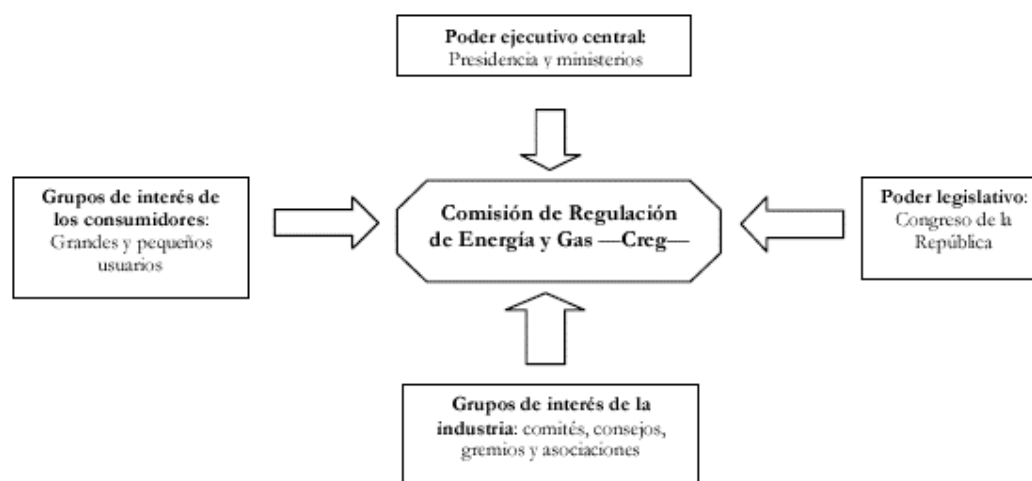
“En el caso específico del Perú, Quintanilla (2004) revisa la literatura relevante sobre el diseño institucional de los organismos reguladores, destacando como un objetivo central la solución de problemas de credibilidad. Sostiene que la autonomía del regulador es una condición necesaria y está compuesta por fortalezas frente al riesgo de politización, y frente al riesgo de captura. Afirma que para hacer frente al riesgo de politización es indispensable que el regulador tenga un mandato independiente, estabilidad en el directorio y presupuesto autónomo, mientras que para enfrentar el riesgo de captura es necesario que los reguladores tengan personal calificado, y que

operen con transparencia y responsabilidad (accountability)”. (Pérez y Távara, 2009, p.15-16).

“El diseño institucional adoptado en el Perú a mediados de los años noventa, carecía de algunos de estos atributos. Távara (2006) presenta una evaluación del proceso de reformas en la regulación durante los últimos años, mostrando que la transición a la democracia estuvo acompañada por cambios sustantivos en el marco normativo que regula la provisión de los servicios públicos. Sostiene que estos cambios elevaron la autonomía de los reguladores y, al mismo tiempo, establecieron estándares más exigentes de transparencia y participación ciudadana en los procesos de regulación. Luego se puso en evidencia que los cambios de gobierno pueden generar retrocesos en el proceso de reformas, sobre todo en contextos de debilidad y fragmentación del sistema político, y también cuando los diseños adoptados carecen de «blindaje constitucional». En efecto, las llamadas «políticas de austeridad» anunciadas por García al iniciar su segundo periodo de gobierno, así como la decisión de concentrar el poder de decisión en los presidentes de los Consejos Directivos, recién designados, modificaron el diseño institucional y debilitaron la autonomía de los reguladores (Távara 2007). Más recientemente, el gobierno promulgo un decreto que dejó sin efecto la renovación gradual y escalonada de los miembros de estos consejos, establecida en la Ley Marco, lo cual afecta la continuidad de las políticas y expone a los reguladores a cambios bruscos asociados al ciclo electoral. El decreto está en conflicto con lo establecido por la Ley Marco de Organismos Reguladores y, como advierte la Defensoría del Pueblo, «debilita sustancialmente la designación de los miembros de los Consejos Directivos y puede afectar la legitimidad de sus decisiones”. (Pérez y Távara, 2009, p.16).

GRAFICO N° 1


Fuente: BOEHM, F. (2005). Corrupción y Captura en la Regulación de los Servicios Públicos, Revista de Economía Institucional, vol.7 N° 13 Bogotá Diciembre.

GRAFICO N° 2


Fuente: VALENCIA, G. (2005) Los grupos de interés en la regulación de la industria eléctrica colombiana, Lecturas de Economía N° 62 Medellín Jan./June.

La autonomía constitucional de los reguladores, es tal imprescindible, que algunos autores señalan que son cuatro los elementos constitutivos del servicio público:

1. Una actividad, una acción o prestación.

2. Una necesidad de carácter colectivo.
3. Un sistema jurídico normativo
4. **Un organismo estatal encargado de actuar con función permanente (regulador).** PATRON (1998), p.100.

1.3.5. La captura del regulador en el Perú y sus efectos.

Así como existen fallos del mercado también existen fallos del Estado que son nocivos para el bienestar general y la peor manifestación de ella, es la captura del regulador. Que subyace como causa los peores antivalores de la sociedad como la corrupción y deshonestidad de los funcionarios públicos llamados a cautelar el interés colectivo de la ciudadanía.

Aquí señalamos algunos casos actuales ocurridos en nuestro país donde se ha visto comprometida la autonomía de regulador por falta de un adecuado marco constitucional de protección de los consumidores de los servicios públicos. Así tenemos:

Caso 1: OSIPTEL y el director doble agente:

En la teoría económica, los problemas de agencia describen la relación entre un agente y un principal, cuando ambos tienen intereses contrapuestos en la organización, de tal forma que el principal es el dueño de los medios de producción y el agente el directivo a cargo de la empresa. Así, para que ambos tengan objetivos comunes, es necesario aplicar los incentivos correctos, porque al propietario le interesa producir más pagando menos mientras que al directivo le interesa ganar más produciendo menos. Ambos estarían dispuesto a producir más si el dueño comparte no solo los riesgos sino también las ganancias, por ejemplo, mediante un bono de productividad.

El doble agente surge cuando la organización no ha aplicado los incentivos necesarios para corregir esa contraposición de intereses, como cuando un directivo vende información al competidor de la empresa, estamos frente a un caso de doble agente, porque tiene dos principales, ya que trabaja para su compañía pero a su vez también para el competidor. Esto es lo que ocurre muchas veces si nos ponemos a pensar en la Administración pública cuando se producen actos de corrupción. Donde el principal es el Estado y el agente el funcionario o servidor público que tiene

intereses muy contrapuestos que es necesario conciliar mediante un adecuado sistema de incentivos.

Así, un caso emblemático de la captura del regulador ocurrido en el Perú a finales del 2009, es el que protagonizó por el señor Marco Antonio Torrey Motta, ex miembro del Consejo Directivo del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL, quien fuera destituido del cargo por Resolución Suprema 319-2009-PCM, acusado de intentar favorecer con su voto a la empresa Telefónica, sustentando su opinión con un texto que le había sido enviado a través de un correo electrónico el gerente de Estrategia de Regulación de Telefónica, . (Fuente: Diario El Comercio, 19 de diciembre del 2009).

En ese entonces el Consejo Directivo de OSIPTEL estaba conformado por tres miembros: Guillermo Thornberry Villarán, Martha Carolina Linares Barrantes y Marco Antonio Torrey Motta, aun cuando la Ley N° 27332, Ley Marco de Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, establece en su artículo 6, que el Consejo Directivo de los Organismos Reguladores estará integrado por 5 miembros.

Sin embargo, la forma de designación de los miembros por la Presidencia del Consejo de Ministros, Ministerio del sector, Ministerio de Economía y Finanzas y el Indecopi, impide la alternancia oportuna y genera además de las posibles injerencias políticas, que los reguladores no tenga los directivos completos, lo que incide como en el presente caso en la falta de eficacia de su democracia corporativa y debilita su autonomía, ya que al reducir el número de miembros del consejo directivo, existe menos necesidad de votos para que una propuesta o medida regulatoria sea aprobada. Todo lo cual tiene su causa en el marco constitucional actual.

Dicho Consejo Directivo se encontraba discutiendo la forma en que se reducirían las tarifas de telefonía fija. Así, en sesión del viernes 27 de noviembre del 2009, donde la agenda era el Proyecto de Resolución que establece el Ajuste Trimestral de Tarifas Tope de los Servicios de Categoría I para las **Canastas C, D y E** que prestaba la empresa Telefónica del Perú, correspondiente al trimestre **diciembre 2009 – febrero 2010**. Los directivos Marco A. Torrey Motta y Martha Carolina Linares Barrantes votaron a favor de tal ajuste, frente al voto en discordia de Guillermo Thornberry,

entonces presidente del Consejo Directivo del Osiptel, lo favorecía a Telefónica del Perú.

Posteriormente, Osiptel encontró indicios de que la opinión del señor Torrey (enviada electrónicamente) no había sido elaborada por él, sino desde un terminal de la empresa Telefónica que resultó ser la computadora del entonces director de Estrategia Regulatoria de la empresa Telefónica del Perú.

Al ser destituido el señor Torrey acudió a la vía judicial, siendo repuesto en el cargo de miembro del Consejo Directivo del OSIPTEL por el cuarto Juzgado Constitucional de Lima, el 27 de marzo del 2012, para ser removido nuevamente el 16 de agosto del 2012, tras un debido procedimiento administrativo donde se comprobaron las faltas cometidas y que ratificó la remoción del funcionario. (Página web de RPP Noticias: <http://rpp.pe/economia/economia/remueven-a-director-del-osiptel-por-favorecer-a-telefonica-noticia-512495>, visitada el 17 de marzo del 2017)

Como se puede observar en el presente caso, una causa de la falencia institucional del regulador y autonomía en sus decisiones radica en la forma de designación de sus directores, lo que se debe a la falta de un marco constitucional que garantice su autonomía institucional y organizacional.

Caso 2: OSINERGMIN y la regulación anulada:

Una forma de captura del regulador es la injerencia política, mediante el poder político mediante una norma o medida modifica o anula la regulación establecida por el órgano técnico, por una cuestión de conveniencia y oportunidad como se adoptan las decisiones políticas, por considerar que el costo político de la regulación es desventajoso para el gobierno, sin reparar en las consecuencias de esa medida en el mercado.

El 12 de abril del 2016, el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - Osinergmin, aprobó mediante Resolución N° 074-2016-OS/CD, la aplicación del Cargo por Sistema de Seguridad Energética en Hidrocarburos y la Tarifa Regulada de Seguridad (TRS, fijados por Resolución N° 070-2016-OS/CD conforme lo dispuesto por la Ley N° 29970, Ley para Asegurar la Seguridad Energética y Promueve el Desarrollo de Polo Petroquímico en el Sur del País, y sus normas reglamentarias, que establecía que Osinergmin debía incorporar en la

regulación tarifaria del sistema eléctrico, el Cargo por Afianzamiento de la Seguridad Energética (CASE).

Dicho cargo, formaba parte de los ingresos garantizados anuales, mediante el cual el Estado peruano, pretendía garantizar el retorno de sus inversiones a las empresas encargadas de implementar el proyecto de gas natural y líquido de gas natural para el afianzamiento de la seguridad energética como el proyecto del Gaseoducto Sur Andino (GSA), que en sus primeras etapas creaba la redundancia en el transporte GN/LGN con el Gaseoducto de Camisea.

Es así que todos los consumidores del servicio eléctrico nacional veníamos pagando ese cargo adicional al peaje del sistema principal de transmisión en nuestros recibos. Hasta que debido a las denuncias de corrupción de funcionarios contra la empresa ODEBRECHT que era parte del consorcio del gaseoducto sur andino encargado del proyecto conjuntamente con la empresa Graña y Montero, tuvo problemas de financiamiento de la obra, y al no poder ceder su posición contractual para proseguir con el proyecto, el gobierno peruano resolvió el contrato, pero sumado a ello la crisis política que trajo como consecuencia el escándalo, dio como resultado que el gobierno mediante la Ley 30543, publicado el 3 de marzo del 2017, eliminará el cobro de Cargo por Afianzamiento de Seguridad Energética (CASE) y ordenará la devolución a los usuarios del servicio energético en el plazo de 150 días de entrada en vigencia la citada ley.

Lo que podemos observar aquí es como la autoridad política anula una decisión regulatoria, aun cuando el regulador como ente técnico ya se había pronunciado suspendiendo el CASE mediante Resolución N° 011-2017-OS/CD del 25 de enero del 2017. Por tanto se evidencia la falta de mecanismos constitucionales para cautelar la autonomía del regulador e independencia y objetividad de la regulación frente a la injerencia política, sin tener en cuenta los criterios y consecuencias técnicas que deriva de la medida regulatoria como es la seguridad energética en el presente caso que se ve afectado, en circunstancias tan necesarias como los desastres naturales que viene asolando a nuestro país.

No cuestionamos aquí los motivos que llevaron al gobierno a dejar sin efecto la regulación, más aun cuando también podría ser cuestionable la aprobación en su momento del CASE por presunta injerencia política o de las empresas beneficiadas. Sino el procedimiento que es motivado por la presión política por encima del bienestar general.

Donde se hace latente que la autonomía del regulador es una ilusión en el actual marco constitucional donde no existen mecanismos de protección a la regulación, fortalecimiento institucional ni independencia en las decisiones de los directivos de los reguladores por su forma de designación.

Caso 3: OSITRAN y la adenda sospechosa:

Finalmente, un hecho reciente que demuestra lo peligroso de la captura del regulador para el bienestar general es lo ocurrido en el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN, quien tras la intención del gobierno de la firma de una adenda en el contrato de concesión del proyecto del aeropuerto internacional de Chincheros (Cusco), para proseguir con la ejecución de la obra, donde se proponía el cambio de esquema de financiamiento.

Solicitado por Kuntur Wasi como concesionario al alegar tener una discrepancia con el Ministerio de Transportes (MTC), proponiendo la firma de una adenda. Sin embargo, el Decreto Legislativo N° 1224, Ley de Asociación Público Privada establece en su artículo 29, que el límite de compromisos firmes y contingentes cuantificables, netos de ingresos, asumidos por el sector público no financiero en los contratos de APP, podrá ser revisado cada tres años de suscrito, pudiendo ser modificado por Decreto Supremo (...), a menos que lo solicite un acreedor.

Así es como aparece Goldman Sachs, el acreedor que alegó que el contrato no era bancable.

Pero, para ello requería la opinión favorable del regulador competente, la cual se obtuvo por voto en mayoría del Consejo Directivo del OSITRAN, el 20 de enero del 2017, tras una sospechosa injerencia del gobierno en dos de los tres directores del regulador, pese a los informes técnicos de las gerencias de línea que recomendaban un opinión desfavorable a la adenda por ser perjudicial para los intereses del país. Lo que motivo la renuncia de la Presidenta del Consejo Directivo del OSITRAN,

Patricia Benavente, el gerente general, Obed Chuquihuayta Arias, y el gerente legal del organismo regulador, Jean Paul Calle Casusol.

El Consejo Directivo del OSITRAN estaba conformado por Patricia Benavente Donayre, Antonio Balbuena Vela y Alfredo Dammert Lira, donde otra vez se puede verificar un directorio incompleto, contrario a la Ley N° 27332, Ley Marco de Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, que exige 5 miembros.

Este consejo directivo debilitado institucionalmente por no tener todos sus miembros y en base a argumentos políticos y yendo en contra del informe técnica de las gerencias del OSITRAN, aprobó con dos votos a favor y un voto en contra, la opinión técnica favorable a la Adenda N° 1 del Contrato de concesión con el consorcio Kuntur Wasi en enero del 2017.

El proyecto del aeropuerto internacional de Chincheros, dado en concesión al consorcio Kuntur Wasi, modificado mediante la Adenda N° 1 contempla “La reasignación de riesgos que implicaría el cambio de esquema de pago incluyendo el adelanto, en sí misma no es perjudicial para el concedente”, según la cuestionado opinión técnica del regulador.

En la opinión técnica, que se dio a conocer durante las reuniones de evaluación conjunta (con los ministerios de Economía y Transportes), se habría resaltado la importancia del aeropuerto para el desarrollo de Cusco cuando la discusión era si esta adenda está dentro del marco del contrato de concesión, de las bases y la Ley de Asociaciones Público-Privadas (APP).

En el documento que explica los argumentos de los dos directores que votaron a favor, se señala que el nuevo compromiso que asume el Estado (pasaría de 29% de compromiso a 81% en el proyecto) no representaría un riesgo para el país.

Esta sería la primera vez que el Consejo Directivo del regulador da un voto que no coincide con su equipo técnico. Aun cuando el equipo técnico de las gerencias de OSITRAN había advertido, por ejemplo, los riesgos que implicaba el nuevo compromiso, resaltando que no está prohibido cambiar el contrato, pero no se puede afectar la matriz de riesgo.

Entonces, cómo el concedente pasó a asumir el 80% del compromiso de financiamiento del proyecto Chinchero. Según declaraciones del mismo ministro de

Transportes, el Gobierno asumirá los US\$ 265 millones para la construcción del aeropuerto.

Según el argumento del gobierno, siempre va a ser más barato que el Estado tome la deuda porque es deuda soberana. No obstante, el costo de oportunidad del dinero público es muy alto. Aún en los casos en que el Estado pone cofinanciamiento, el concesionario consigue el financiamiento en el mercado de capitales, trascendió.

Asimismo, el gobierno se habría comprometido a dar un adelanto de US\$ 40 millones al concesionario para el inicio de las obras.

La opinión técnica de los dos directores, sobre este punto, señala que el Estado debe evaluar y determinar que el adelanto resulte el necesario y suficiente para cumplir con su finalidad y evitar que el mismo se destine para otra finalidad. (Diario Gestión: Economía, del martes 24 de enero del 2017, <http://gestion.pe/economia/renuncia-presidenta-ositran-controversia-proyecto-chincher-2180400>, visitada el 17 de marzo del 2017).

En conclusión, la falta de autonomía del regular por injerencia política tiene su origen en la ausencia de marco constitucional de los reguladores, que permite a sus directores actuar con plena independencia de cualquier grupo de interés y sin que sucumban ante captura del regulador por el Estado o la empresa privada. Se hace necesario fortalecer a los reguladores con mecanismos constitucionales que cautelen tanto la organización como el proceso regulatorio garantizando su objetividad e imparcialidad en sus decisiones. Anteponiendo el criterio técnico a la presión política o interés de grupos económicos, ya que si no podemos crear un régimen constitucional de equilibrio en el trinomio gobierno-empresa y regulador como podemos pretender que se proteja el bienestar general mediante el equilibrio de mercado.

CAPITULO 2:

CONTRASTACIÓN DE HIPOTESIS

2.1. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS PRINCIPAL

Las características singulares del mercado de servicios públicos regulados ameritan una protección especial en nuestra Constitución Política.

En los capítulos precedentes hemos planteado el marco metodológico y el marco teórico del diseño de la investigación, donde discurre el problema de la tesis.

Sin embargo, una investigación científica no puede considerarse completa sin la contrastación de las hipótesis. Citando las recomendaciones del Dr. Alberto Retamozo Linares, este capítulo “constituye la esencia de la investigación donde el graduando debe analizar y contrastar las probables respuestas al problema que se plantea” (...). “Por lo que la hipótesis debe ser contrastadas una por una analizándolas cualitativa y cuantitativamente, según corresponda”.

Siendo eso así, la contrastación de hipótesis implica un esfuerzo de capital importancia en el quehacer del investigador donde se denota su aporte que busca superar el estado de la cuestión del problema de la tesis.

Según el Diccionario de la Real Academia Española, 23.a Edición (2014); Contrastar que deriva del lat. tardío *contrastāre* 'oponerse', significa: “3. tr. Comprobar la exactitud o autenticidad de algo. (...) 5. intr. Dicho de una cosa: Mostrar notable diferencia, o condiciones opuestas, con otra, cuando se comparan ambas”.

A partir de esa explicación, para contrastar la hipótesis principal vamos a plantear algunas interrogantes donde analizaremos las características de mercado de servicios públicos regulados en comparación con otros mercados competitivos y como ello repercute en la protección del consumidor en la Constitución Política.

El artículo 65 de nuestra carta magna se sustenta en la tesis de que los intereses de todos los consumidores y usuarios en el mercado son iguales y por tanto requiere una equivalente protección constitucional.

En oposición a esa postura, el problema de investigación ¿Por qué los consumidores de los servicios públicos regulados requieren una protección especial en la Constitución Política del Perú? plantea que esa igualdad no existe y por tanto, ante supuestos de hecho distintos, se requieren regulaciones constitucionales diferentes.

La primera interrogante que surge de la hipótesis principal es:

¿Cuáles son las características singulares del mercado de servicios públicos regulados?

Dichas diferencias singulares que analizaremos desde el punto de vista cualitativo y cuantitativo y que se encuentran desarrolladas a profundidad en el marco teórico de la presente investigación, las podemos clasificar en:

a) Características económicas: Los mercados de servicios públicos regulados opera en situación de monopolio natural, como falla de mercado que impide el ingreso de otros competidores, porque conforme la teoría económica resulta más eficiente que solo una empresa o proveedor preste el servicio, ya que los costos unitarios son mayores al existir dos o más competidores en el mercado, dado los costos hundidos propio de la industria de redes y la economía de escala donde siempre será más barato producir una unidad adicional del producto con la infraestructura ya instalada.

Por estas consideraciones, solo existe un proveedor en cada mercado de servicios públicos regulados, restringiendo el derecho de elegir del consumidor al no contar con otros ofertantes donde pueda trasladar su demanda en caso su prestador no satisfaga sus necesidades ni expectativas de consumo. A diferencia de los mercados con vocación competitiva donde no existe tal restricción de acceso al mercado o

ingreso de nuevos competidores y por tanto el consumidor tiene plena autonomía para elegir.

A su vez, dicho monopolio genera que el precio del servicio no se pueda fijar en condiciones de competencia mediante la interacción entre los ofertantes y los demandantes, siendo necesario contar con un organismo técnico especializado del Estado, que fije la tarifa más cercana al precio de equilibrio, que es aquel que se cobrarían en régimen de competencia, para ponderar entre los intereses del consumidor y la empresa prestadora.

Así surge la necesidad de un regulador. El cual se solventa en su especialidad, criterio técnico, objetividad y autonomía para evitar la captura del regulador, que es la circunstancia en que el regulador adopta decisiones influenciado por los grupos de interés como el Estado o la empresa concesionaria.

Otras fallas de mercado que afrontan los servicios públicos regulados son: las externalidades, asimetría informativa y bienes públicos los cuales desde luego afectan el ejercicio de los derechos del consumidor consagrados en la Constitución.

Por ejemplo, las externalidades negativas que viene a constituir los costos no internalizados por el prestador cuyos efectos recaen sobre el consumidor; como un mal tratamiento del agua potable o contaminación de las fuentes, que generar problemas en la salud de los consumidores o un inadecuado control de la tensión eléctrica por la empresa distribuidora que puede averiar los artefactos del usuario del servicio eléctrico.

Una de esas características económicas que repercuten en gran medida en la protección del consumidor y que es causa de la cantidad de reclamos en los servicios públicos y conflictividad del mercado, es la asimetría informativa que es la brecha de información existente entre el proveedor y los consumidores. Aun cuando los mercados competitivos también existe asimetría informativa están pueden ser superadas o acortadas con la obligación de informar al consumidor, mientras que en los servicios públicos se intenta revertir esa falla con la regulación de los contratos mediante cláusulas generales de contratación con aprobación administrativa. Sin embargo, la cantidad de reclamos es cuantitativamente mayor en los servicios públicos en relación a otros mercados competitivos.

Así tenemos que según información estadística del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL:

Cuadro 1:

Primera Instancia (Empresas Operadoras): Reclamos¹ Resueltos por región

	2013	2014	2015	III TRIM 2016 ²
Amazonas	1,427	1,877	4,737	9,649
Ancash	15,653	17,212	25,020	31,964
Apurímac	2,295	2,087	3,845	7,654
Arequipa	21,722	20,801	38,223	58,529
Ayacucho	4,555	4,686	8,393	11,489
Cajamarca	8,088	9,425	14,371	27,243
Cusco	13,089	14,604	23,907	32,010
Huancavelica	1,103	989	1,872	2,717
Huánuco	4,086	5,785	9,304	12,480
Ica	11,015	11,066	17,646	23,361
Junín	16,879	16,324	22,086	24,851
La Libertad	27,269	27,476	42,523	64,432
Lambayeque	25,442	27,582	42,763	59,122
Lima y Callao	417,425	371,087	756,115	961,383
Loreto	3,865	4,821	6,565	9,352
Madre de Dios	873	969	1,847	2,805
Moquegua	2,968	3,625	5,873	7,207
Pasco	1,219	1,293	2,259	3,277
Piura	19,125	19,866	34,651	53,332
Puno	6,271	7,308	13,405	16,924
San Martín	4,773	5,247	8,438	10,357
Tacna	8,207	9,482	13,529	15,682
Tumbes	2,773	3,126	4,501	6,192
Ucayali	3,112	4,391	6,312	7,091
Total	623,234	591,129	1,108,185	1,459,103

Fuente: a) 2005 - 2009: Información Remitida por Empresas Operadoras en cumplimiento de la Resolución de Consejo Directivo N° 121-2003-CD/OSIPTEL.

b) 2010 - III TRIM 2012: Información Remitida por Empresas Operadoras en cumplimiento de la Resolución de Consejo Directivo N° 024-2009-CD/OSIPTEL.

c) A partir del IV TRIM 2012: Información Remitida por Empresas Operadoras en cumplimiento de la Resolución de Consejo Directivo N° 050-2012-CD/OSIPTEL.

d) A partir del IV TRIM 2015: Información Remitida por Empresas Operadoras en cumplimiento de la Resolución de Consejo Directivo N° 096-2015-CD/OSIPTEL.

/1 Contados por cada servicio objeto del reclamo resuelto por la empresa operadora.

/2 Información preliminar, sujeta a evaluación por parte del OSIPTEL.

Nota: Se ha corregido la información de las empresas Telefónica del Perú S.A.A. (periodo 2011-2014, 2015 I-II y 2016 I), Entel Perú S.A. periodo 2016 II, Netline Perú S.A. (periodo 2012 I, 2014 II, 2015 IV y 2016 II).

Los reclamos resueltos por región en primera instancia en las empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones en el 2015, fueron un total 1,108.185 reclamos y al III Trimestre del 2016 los reclamos resueltos se

incrementaron a 1,459.103 lo que implica un crecimiento del 31.6% en los reclamos resueltos en el 2016 en relación al 2015. Lo que nos lleva a afirmar que los reclamos en los servicios públicos de telecomunicaciones se han incrementado, lo cual puede tener como causa una mayor conflictividad en el servicios público de telecomunicaciones.

Cuadro 2:

Reclamos en Primera Instancia por departamento -
Telefónica del Perú S.A.A. (2015)

	Presentados		Resueltos	
	Número de Expedientes ^{/1}	Distribución Porcentual	Número de Expedientes ^{/1}	Distribución Porcentual
	2015	2015	2015	2015
Amazonas	375	0.04%	356	0.04%
Ancash	22,632	2.62%	22,392	2.61%
Apurímac	3,328	0.38%	3,312	0.39%
Arequipa	33,701	3.90%	33,398	3.89%
Ayacucho	6,135	0.71%	6,083	0.71%
Cajamarca	4,308	0.50%	4,267	0.50%
Cusco	24,802	2.87%	24,596	2.86%
Huancavelica	1,780	0.21%	1,767	0.21%
Huánuco	6,251	0.72%	6,217	0.72%
Ica	14,186	1.64%	13,977	1.63%
Junín	19,907	2.30%	19,683	2.29%
La Libertad	31,182	3.61%	30,722	3.58%
Lambayeque	23,417	2.71%	23,357	2.72%
Lima y Callao	606,458	70.12%	602,992	70.23%
Loreto	4,506	0.52%	4,449	0.52%
Madre de Dios	1,492	0.17%	1,459	0.17%
Moquegua	4,578	0.53%	4,498	0.52%
Pasco	1,441	0.17%	1,384	0.16%
Piura	24,080	2.78%	23,855	2.78%
Puno	12,009	1.39%	11,821	1.38%
San Martín	4,470	0.52%	4,437	0.52%
Tacna	7,582	0.88%	7,476	0.87%
Tumbes	3,153	0.36%	3,088	0.36%
Ucayali	3,068	0.35%	3,055	0.36%
Total Perú	864,841	100.00%	858,641	100.00%

Fuente: Telefónica del Perú S.A.A.

/1 Información Preliminar, sujeta a evaluación y validación estadística por parte del OSIPTEL.

/2 En Página web de OSIPTEL (indicador 1.2 Datos a diciembre 2015)

/3 Información preliminar

Los reclamos presentados y resueltos en primera instancia por departamento de la empresa Telefónica del Perú en el 2015, se aprecia que los reclamos presentados

ascendió a 864,841 de los cuales fueron resueltos 858,641 reclamos, es decir no se resolvió el 0,72% del total de reclamos. Asimismo, se observa que el mayor número de reclamos presentados provienen de la región de Lima y Callao que concentra el 70.12%, seguido Arequipa con 3.90% y finalmente La Libertad con 3.61%. Lo que evidencia una menor proporción de reclamos no resueltos en relación a los presentados, sin embargo, muestra una tendencia a que la cantidad de reclamos desborda la capacidad de su atención en las empresas operadoras.

Cuadro 3:

Reclamos en Primera Instancia por departamento -
Telefónica del Perú S.A.A. (2016)

	Resueltos		Presentados	
	Número de Expedientes ^{/1}	Distribución Porcentual	Número de Expedientes ^{/1}	Distribución Porcentual
	2016	2016	2016	2016
Amazonas	210	0.03%	226	0.03%
Ancash	20,384	3.00%	21,320	3.04%
Apurímac	2,244	0.33%	2,315	0.33%
Arequipa	24,267	3.58%	25,104	3.57%
Ayacucho	3,730	0.55%	3,875	0.55%
Cajamarca	4,349	0.64%	4,474	0.64%
Cusco	19,230	2.83%	19,806	2.82%
Huancavelica	1,432	0.21%	1,498	0.21%
Huánuco	3,781	0.56%	3,913	0.56%
Ica	10,625	1.57%	11,198	1.59%
Junín	13,390	1.97%	13,802	1.97%
La Libertad	28,286	4.17%	29,595	4.21%
Lambayeque	19,830	2.92%	20,624	2.94%
Lima y Callao	472,409	69.63%	488,708	69.59%
Loreto	4,645	0.68%	4,747	0.68%
Madre de Dios	964	0.14%	976	0.14%
Moquegua	3,148	0.46%	3,215	0.46%
Pasco	1,254	0.18%	1,276	0.18%
Piura	22,574	3.33%	23,350	3.32%
Puno	7,805	1.15%	8,040	1.14%
San Martín	4,196	0.62%	4,296	0.61%
Tacna	4,613	0.68%	4,766	0.68%
Tumbes	2,050	0.30%	2,121	0.30%
Ucayali	3,008	0.44%	3,034	0.43%
Total Perú	678,424	100.00%	702,279	100.00%

Fuente: Telefónica del Perú S.A.A.

/1 Información Preliminar, sujeta a evaluación y validación estadística por parte del OSIPTEL.

/2 En Página web de OSIPTEL (indicador 1.2 Datos a junio 2016)

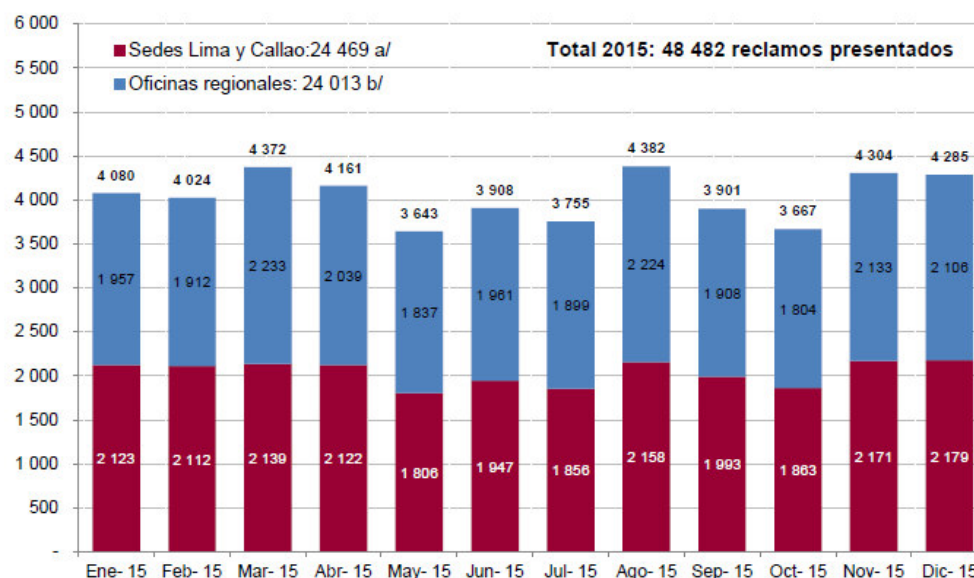
/3 Información preliminar

Los reclamos presentados y resueltos en primera instancia por departamento en la empresa Telefónica del Perú en el 2016, ascendió a 702,279 de los cuales fueron resueltos 678,424 reclamos, es decir no se resolvió el 3,39% del total de reclamos. Asimismo, se observa que el mayor número de reclamos presentados se concentran en la región de Lima y Callao con el 69.59%, seguido de La Libertad con 4.21% y en tercer lugar Arequipa con 3,57% de total de reclamos. Es importante apreciar que aun cuando los reclamos se concentran en la ciudades con más usuarios, los conflictos sociales se producen en regiones que tiene una menor proporción de usuarios como Ucayali con el 0.43%, Apurímac con el 0.33% y Huánuco con el 0.56% del total de reclamos, lo que evidencia que existe un porcentaje de usuarios que no reclaman y prefieren manifestar su insatisfacción de los servicios públicos mediante la protesta social. A su vez se incrementa la brecha entre la cantidad de reclamos y la capacidad de resolución de las empresas operadoras que podría agudizar los conflictos sociales de consumo.

En contraposición, según información estadística del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI.

Cuadro 4:

1.24 SAC - PERÚ: RECLAMOS PRESENTADOS, ENERO - DICIEMBRE 2015



Fuente: Anuario de Estadísticas Institucionales 2015 - INDECOPI

En los reclamos presentados ante Indecopi en el 2015, se aprecia una diferencia cuantitativa con los servicios públicos en materia de reclamos por mientras en el 2015 el número de reclamos presentados a Indecopi fue de 48,482 en ese mismo periodo las empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones recepciono 1,108,185 reclamos, lo que explica la mayor conflictividad de los mercados de servicios públicos donde existe una proporción de 95,6% más reclamos en solo un sector regulado que en los demás consumidores de mercados competitivos en general según Indecopi.

Cuadro 5:

1.26 SAC - PERÚ: RECLAMOS PRESENTADOS SEGÚN ACTIVIDAD ECONÓMICA, ENERO - DICIEMBRE 2015

N°	Actividad económica	Ena-15	Feb-15	Mar-15	Abr-15	May-15	Jun-15	Jul-15	Ago-15	Sep-15	Oct-15	Nov-15	Dic-15	Total	%
1	Servicios bancarios y financieros	1 649	1 575	1 776	1 689	1 486	1 709	1 602	1 839	1 644	1 587	1 779	1 656	19 991	41,23
2	Equipos y servicio de telecomunicación	297	345	395	341	297	357	287	331	323	315	370	323	3 981	8,21
3	Transporte de pasajeros	262	301	262	276	242	233	325	325	276	246	345	409	3 502	7,22
4	Seguros	203	177	213	208	191	212	192	258	236	178	240	227	2 535	5,23
5	Servicios educativos y artículos de educación	185	235	200	190	124	124	138	181	132	134	156	189	1 988	4,10
6	Electrodomésticos y servicio técnico	200	174	174	130	132	159	141	165	128	120	122	137	1 782	3,68
7	Automóviles, accesorios, repuestos y mecánicas	172	146	158	150	154	130	104	110	91	103	106	109	1 533	3,16
8	Artículos del hogar	100	128	94	96	95	68	74	117	96	93	112	134	1 207	2,49
9	Vestido y calzado	63	45	74	56	49	59	49	78	76	53	65	62	729	1,50
10	Inmuebles, corretaje, alquileres y vivienda	55	56	64	73	50	42	50	59	66	52	50	44	661	1,36
11	Equipos de cómputo	51	40	65	65	44	43	29	50	41	32	40	45	545	1,12
12	Servicios de salud	43	45	63	53	41	46	57	40	35	37	35	35	530	1,09
13	Diversión y espectáculo	36	25	27	33	27	42	33	43	36	26	80	87	495	1,02
14	Alimentos	26	32	34	39	36	31	40	40	36	19	41	37	411	0,85
15	Transporte de carga y mudanza	48	30	35	31	44	23	19	35	27	28	28	39	387	0,80
16	Muebles, decoración, carpintería y floristería	35	40	26	32	28	29	37	27	25	24	28	42	373	0,77
17	Hoteles y restaurantes	30	21	13	21	19	30	26	32	23	23	26	23	287	0,59
18	Servicios de correo y mensajería	25	25	16	25	27	17	18	13	28	22	23	31	270	0,56
19	Material de ferretería	23	19	20	21	20	22	9	12	20	17	18	17	218	0,45
20	Otras actividades económicas 1/	577	565	663	632	537	532	525	627	562	558	640	639	7 057	14,56
Total		4 680	4 024	4 372	4 161	3 643	3 908	3 755	4 382	3 901	3 667	4 304	4 285	48 482	100,00

Fuente: Anuario de Estadísticas Institucionales 2015 – INDECOPI

Sobre los reclamos presentados por actividad económica ante Indecopi en el 2015, la mayor incidencia de reclamos por actividad económica se presenta en los servicios bancarios y financieros con el 41.23%, donde también existe problemas de asimetría informativa, seguido de los equipo de telecomunicaciones con 8.21% y transporte de pasajeros con el 7.22%. Sin embargo, ninguno de los sectores reclamados supera a la cantidad de reclamos registrados en ese mismo periodo en servicios público de telecomunicaciones, por lo que, queda demostrado que estos consumidores cuantitativamente tiene más problemas en sus servicios que los consumidores de otros mercados no regulados.

b) Características sociales: En el mercado de servicios públicos subyace un interés general al satisfacer necesidades esenciales para la colectividad, como el agua potable, la electricidad, las telecomunicaciones y la infraestructura de transporte. Lo que hace que la sociedad sea muy sensible a cada medida que se adopta en relación a los servicios públicos y que tenga un efecto colectivo inmediato.

Por tanto, los intereses del consumidor de servicios públicos son distintos de los demás consumidores de mercados competitivos, por mientras el primero busca satisfacer una necesidad esencial mediante el acceso universal, viéndose obligado a permanecer en el servicio, sin posibilidad de elegir otro proveedor, con nula capacidad de negociación y estando la calidad y precio sometidos a regulación sectorial, el segundo, puede elegir al proveedor a través de las variables de precio y calidad que mejor satisfaga su necesidad, por tanto, tiene capacidad de negociación o en su defecto puede trasladar su demanda a otras ofertas disponibles, para lo cual puede ejercer su derecho a la información.

En los servicios públicos, un alza de la tarifa, la interrupción o mala calidad del servicio público puede desencadenar un conflicto social de consumo como ha venido ocurriendo en nuestro país, y la razón es sencilla, como sociedad podemos prescindir del consumo de algunos bienes o servicios por existir sustitutos, pero dependemos plenamente de los servicios público para nuestra vida en sociedad, ya que la falta de agua o electricidad e incluso telecomunicaciones puede conllevar graves consecuencias para la calidad de vida de los ciudadanos.

Esas manifestaciones colectivas y espontaneas de los consumidores de servicios públicos como medida ante la falta de respuesta efectiva del regulador a sus reclamos o insatisfacción con la prestación del servicio, puede desencadenar en hechos de violencia con costos humanos y materiales que el Estado debe evitar y controlar antes que surja.

Para ello, el regulador debe aplicar medidas especiales en el procedimiento de reclamos, para la atención de reclamos colectivos, o actuación de oficio para reclamos de interés general de los consumidores, evitando una actitud pasiva frente a las problemática del servicio público.

En consecuencia la conflictividad en los mercados de servicios públicos por el interés general y necesidades colectiva que subyace a su prestación debe ser controlada mediante una respuesta efectiva del regulador que implica medidas extraordinarias, amparada en un marco constitucional que le brinde autonomía al proceso regulatorio.

Al respecto según información estadística del OSIPTEL, las materias más reclamadas por los usuarios de servicios públicos de telecomunicaciones son:

Cuadro 6:

Primera Instancia (Empresas Operadoras): Reclamos^{1/} resueltos por materia reclamable

Número de reclamos expresado en unidades

	2013	2014	2015	III TRIM 2016 ⁵
a.- Facturación	502,501	431,419	592,060	701,037
b.- Cobro del servicio	37,801	41,452	52,053	34,468
c.- Instalación o activación del servicio²	3,613	2,763	10,748	18,843
d.- Traslado del servicio	782	756	2,675	2,389
e.- Suspensión, corte o baja injustificada del servicio³	7,901	7,883	15,191	22,042
f.- Calidad e idoneidad en la prestación del servicio, incluyendo la veracidad de la información brindada al usuario	38,028	56,919	316,083	540,015
g.- Falta de entrega del recibo o de la copia del recibo o de la facturación detallada solicitada por el usuario⁴	18,353	15,289	24,418	28,932
h.- Devoluciones ordenadas por OSIPTEL a favor de los usuarios y/o abonados	664	2,164	243	n.d.
i.- Contratación no solicitada por el usuario	n.d.	n.d.	14,660	62,807
j.- Incumplimiento de condiciones contractuales	n.d.	n.d.	550	1,897
k.- Incumplimiento de la solicitud de baja o desactivación del servicio	n.d.	n.d.	388	1,991
l.- Incumplimiento de los derechos reconocidos en la normativa sobre usuarios	n.d.	n.d.	181	1,297
m.- Incumplimiento de ofertas y promociones	n.d.	n.d.	1,167	5,475
n.- Tarjetas de pago físicas o virtuales	n.d.	n.d.	2,827	9,410
o.- Otras materias	13,591	32,484	74,941	28,500
TOTAL	623,234	591,129	1,108,185	1,459,103

Fuente: a) 2004 - 2009: Información Remitida por Empresas Operadoras en cumplimiento de la Resolución de Consejo Directivo N° 121-2003-CD/OSIPTEL.

b) 2010 - III TRIM 2012: Información Remitida por Empresas Operadoras en cumplimiento de la Resolución de Consejo Directivo N° 024-2009-CD/OSIPTEL.

c) A partir del IV TRIM 2012: Información Remitida por Empresas Operadoras en cumplimiento de la Resolución de Consejo Directivo N° 050-2012-CD/OSIPTEL.

d) A partir del IV TRIM 2015: Información Remitida por Empresas Operadoras en cumplimiento de la Resolución de Consejo Directivo N° 096-2015-CD/OSIPTEL.

1/ Contados por cada servicio objeto del reclamo resuelto por la empresa operadora.

2/ Hasta el III trimestre de 2015 la información corresponde a Instalación, activación y desactivación del servicio.

3/ Hasta el III trimestre de 2015 la información corresponde a Suspensión o corte del servicio.

4/ Hasta el III trimestre de 2015 la información corresponde a Falta de entrega del recibo o de la copia del

recibo solicitada por el usuario.

5/ Información preliminar, sujeta a evaluación por parte del OSIPTEL.

Nota: Se ha corregido la información de las empresas

Telefónica del Perú S.A.A. (periodo 2011-2014, 2015 I-II y

2016 I), Entel Perú S.A. periodo 2016 II, Netline Perú S.A.

(periodo 2012 I, 2014 II, 2015 IV y 2016 II).

Las materias reclamadas en primera instancia en Telefónica del Perú y otras empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones. Se aprecia que los consumidores, tienen como principal problema la facturación con el 53.43% de reclamos en el 2015 y 48.05% en el 2016. Ello se debe a que la facturación está sujeto a cargos aprobados por el regulador que no son objeto de negociación de los contratantes sino parte de la política regulatoria, pero exigible por los consumidores en sus contratos, lo que no se presenta en sectores con vocación competitiva donde la voluntad de las partes es que determina el precio y donde no puede intervenir el Estado en los contratos, porque implicaría una afectación indebida a la libertad de contratación y aplicación de control de precios incompatible con el modelo económico consagrado en la Constitución Política.

A su vez los problemas por calidad e idoneidad que representan el segundo tipo de reclamo más recurrente con el 28.52% en el 2015 y 37.01% en el 2016 se ha incrementado entre el 2013 al 2016 en 30.91%. Esto se explica por la política de acceso universal en los servicios públicos y el ingreso de nuevos operadores que aumentó el número de usuarios en los últimos años, lo cual genera consumidores con nuevas expectativas que no se satisfacen con facturaciones correctas sino que exigen servicio idóneo y de calidad. Estas nuevas expectativas del servicio por el consumidor hacen que demanden no solo precios justos sino servicios de calidad. Lo que obliga a las empresas a mejorar la prestación o de lo contrario propicia un foco de conflicto social, ya que no es lo mismo la repercusión de la calidad en servicios esenciales como el agua potable, la electricidad o las telecomunicaciones y demás productos y/o servicios en otros mercados.

A diferencia de la información estadística sobre los motivos más recurrentes en los reclamos de los consumidores en general presentados ante INDECOPI.

Cuadro 7:**1.33 SAC - PERÚ: RECLAMOS CONCLUIDOS POR ACTIVIDAD ECONÓMICA, SEGÚN MOTIVO, ENERO - DICIEMBRE 2015**

Nº	Motivo	Serv. bancarios y financ.	Equip. y Serv. de telecomunic.	Transp. de pasajeros	Seguros	Servi. Educ. y art. de educación	Otros sectores	Total	%
1	Idoneidad	14 343	3 614	2 939	1 975	1 464	14 065	38 401	79,78
2	Información / idoneidad	2 967	195	410	382	319	1 158	5 432	11,29
3	Información	1 350	123	126	153	170	597	2 519	5,23
4	Consumos fraudulentos	1 140	6	6	9	-	483	1 644	3,42
5	Trato discriminatorio	10	4	4	-	8	30	82	0,17
6	Servicios públicos	6	11	1	-	1	63	56	0,12
Total		19 816	3 953	3 486	2 519	1 962	16 396	48 134	100,00

Fuente: Anuario de Estadísticas Institucionales 2015 – INDECOPÍ

Los reclamos concluidos por actividad según motivo ante Indecopi en el 2015. A diferencia del cuadro anterior donde el mayor número de reclamos se concentraban en los problemas de facturación y en segundo lugar en calidad e idoneidad, en los reclamos ante Indecopi para los consumidores en generales en el 2015, el principal motivo es la idoneidad con el 79,78% seguido de la información con el 11,29%, no se alude a problemas de precio o facturación, porque en mercados con vocación competitiva donde rige la ley de la oferta y la demanda, no se puede cuestionar el precio porque el proveedor es libre de establecer el precio que mejor convenga a sus interés y dependerá del consumidor si elige al proveedor o a otro, no pudiendo Indecopi imponer un precio por la proscripción del control de precio en nuestra economía social de mercado, siendo los reclamos por falta de información o veracidad de la información en el precio. Mientras que en los servicios público donde existe regulación tarifaria, por tanto los reclamos de facturación no se cuestiona el precio sino la correcta aplicación de la tarifa.

c) Características jurídicas: Los servicios públicos tiene como elementos jurídicos, la personalidad del Estado como titular y garante, la existencia de un interés público insatisfecho como objeto del servicio y el régimen jurídico exorbitante o Derecho

administrativo como naturaleza jurídica del servicio y delimitación de la competencia.

A su vez tiene como características jurídicas propios del servicio público: a) la continuidad, que permite que el servicio se preste de forma ininterrumpida, b) la regularidad que exige el respeto de las reglas preestablecidas en el marco regulatorio y el contrato para garantizar la seguridad jurídica, c) la uniformidad o igualdad, que busca que el servicio sea prestado a todos de forma igualitaria, d) la generalidad, porque el servicio público debe ser brindado de manera general o colectiva, e) la mutabilidad, que permite al regulador un marco regulatorio flexible que sea capaz de adaptarse a las nuevas necesidades de interés general, y; f) obligatoriedad, ya que el servicio es exigible por todos los consumidores y sin posibilidad de desvincularse por el prestador.

Dichas características jurídicas son ajenas a los consumidores de otros mercados competitivos donde se exige: a) información ante y durante la ejecución del contrato consumo, b) idoneidad para que exista una correspondencia entre lo que se ofrece y lo que realmente recibe el consumidor; c) inocuidad para que el producto o servicio no afecte la salud del consumidor y; d) seguridad para que el proveedor comunique los riesgos previstos y evite los riesgos imprevistos del producto o servicio, como se puede apreciar las obligaciones jurídicas que se obligan los proveedores en esos mercados son distintos por las características de cada uno de ellos. Lo que determina que los intereses inherentes al consumidor de servicios público sean diferentes a los concedidos a los consumidores y usuarios en general en la Constitución Política.

Así, tenemos que de la información estadística del OSIPTEL sobre cuáles son los temas más reclamos en primera instancia y apelación de los usuarios de Telefónica del Perú, se puede contrastar:

Cuadro 8:

Reclamos en Primera Instancia y Apelaciones - Telefónica del Perú S.A.A.

		2013	2014	2015	2016 ¹⁷
RENTA BÁSICA¹⁷	Presentados	231,709	54,916	230,558	179,153
	Resueltos	227,197	55,871	232,449	172,371
	Procedentes	131,044	25,804	86,202	77,495
	Improcedentes ^{3/}	96,153	30,067	146,247	94,876
	Apelaciones	25,534	6,024	37,314	43,035
SERVICIO LOCAL MEDIDO					
	Presentados	37,637	6,269	21,995	12,568

	Resueltos	37,745	6,600	22,170	12,268
	Procedentes	21,287	2,924	8,036	4,794
	Improcedentes ^{3/}	16,458	3,676	14,134	7,474
	Apelaciones	6,001	1,004	4,177	5,337
TELEFONÍA MÓVIL	Presentados	32,806	7,990	52,064	57,224
	Resueltos	32,867	8,230	52,114	54,976
	Procedentes	19,129	3,243	17,757	20,045
	Improcedentes ^{3/}	13,738	4,987	34,357	34,931
	Apelaciones	4,967	794	7,092	21,068
L. DISTANCIA NACIONAL	Presentados	9,100	2,039	2,975	1,640
	Resueltos	9,291	2,139	2,910	1,562
	Procedentes	5,311	1,482	1,636	931
	Improcedentes ^{3/}	3,980	657	1,274	631
	Apelaciones	1,738	225	429	495
L. DISTANCIA INTERNACIONAL	Presentados	4,170	1,138	1,957	962
	Resueltos	4,266	1,161	2,018	911
	Procedentes	2,451	736	961	503
	Improcedentes ^{3/}	1,815	425	1,057	408
	Apelaciones	796	172	347	311
SERVICIOS NO SOLICITADOS ^{2/}	Presentados	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.
	Resueltos	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.
	Procedentes	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.
	Improcedentes ^{3/}	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.
	Apelaciones	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.
INSTALACIONES	Presentados	126	n.d.	n.d.	n.d.
	Resueltos	212	n.d.	n.d.	n.d.
	Procedentes	162	n.d.	n.d.	n.d.
	Improcedentes ^{3/}	50	n.d.	n.d.	n.d.
	Apelaciones	0	n.d.	n.d.	n.d.
SERVICIOS SUPLEMENTARIOS ^{1/}	Presentados	21,284	4,472	50,546	48,699
	Resueltos	21,089	4,524	52,544	46,653
	Procedentes	12,920	2,081	19,327	21,287
	Improcedentes ^{3/}	8,169	2,443	33,217	25,366
	Apelaciones	2,334	552	8,988	11,105
OFERTAS Y PROMOCIONES ^{1/}	Presentados	0	n.d.	n.d.	n.d.
	Resueltos	0	n.d.	n.d.	n.d.
	Procedentes	0	n.d.	n.d.	n.d.
	Improcedentes ^{3/}	0	n.d.	n.d.	n.d.
	Apelaciones	0	n.d.	n.d.	n.d.
MIGRACIÓN DE LÍNEAS ^{3/}	Presentados	1,026	1,586	10,763	7,488
	Resueltos	1,230	1,043	10,742	6,716
	Procedentes	361	219	5,846	3,613
	Improcedentes ^{3/}	869	824	4,896	3,103
	Apelaciones	24	36	47	48
RETIRO / BAJA FINAL	Presentados	0	0	0	n.d.
	Resueltos	0	0	0	n.d.
	Procedentes	0	0	0	n.d.
	Improcedentes ^{3/}	0	0	0	n.d.
	Apelaciones	0	0	0	n.d.

TRASLADOS	Presentados	509	n.d.	n.d.	n.d.
	Resueltos	642	n.d.	n.d.	n.d.
	Procedentes	456	n.d.	n.d.	n.d.
	Improcedentes ^{3/}	186	n.d.	n.d.	n.d.
	Apelaciones	8	n.d.	n.d.	n.d.
INTERNET ^{4/}	Presentados	211,568	n.d.	n.d.	n.d.
	Resueltos	205,977	n.d.	n.d.	n.d.
	Procedentes	113,227	n.d.	n.d.	n.d.
	Improcedentes ^{3/}	92,750	n.d.	n.d.	n.d.
	Apelaciones	27,253	n.d.	n.d.	n.d.
PRESELECCIÓN ^{4/}	Presentados	0	n.d.	n.d.	n.d.
	Resueltos	0	n.d.	n.d.	n.d.
	Procedentes	0	n.d.	n.d.	n.d.
	Improcedentes ^{3/}	0	n.d.	n.d.	n.d.
	Apelaciones	0	n.d.	n.d.	n.d.
PAQUETE DE SERVICIOS (DUOS, TRÍOS) ^{4/}	Presentados	72,093	25,270	122,948	127,290
	Resueltos	69,980	25,354	123,658	122,338
	Procedentes	40,222	11,587	51,311	58,717
	Improcedentes ^{3/}	29,758	13,767	72,347	63,621
	Apelaciones	8,517	3,190	20,126	27,927
CALIDAD DEL SERVICIO ^{5/}	Presentados	16,981	n.d.	n.d.	n.d.
	Resueltos	16,711	n.d.	n.d.	n.d.
	Procedentes	8,549	n.d.	n.d.	n.d.
	Improcedentes ^{3/}	8,162	n.d.	n.d.	n.d.
	Apelaciones	157	n.d.	n.d.	n.d.
RECONEXIÓN ^{6/}	Presentados	n.d.	4,091	19,551	14,844
	Resueltos	n.d.	4,117	19,760	14,270
	Procedentes	n.d.	1,579	6,685	6,132
	Improcedentes ^{3/}	n.d.	2,538	13,075	8,138
	Apelaciones	n.d.	498	3,379	3,569
OTROS	Presentados	18,806	174,404	345,284	252,411
	Resueltos	19,171	168,381	346,476	246,359
	Procedentes	18,125	76,474	169,560	149,577
	Improcedentes ^{3/}	1,046	91,907	176,916	96,782
	Apelaciones	71	20,292	31,604	35,958
TOTAL	Presentados	657,815	282,191	858,641	702,279
	Resueltos	646,378	277,436	864,841	678,424
	Procedentes	373,244	126,141	367,321	343,094
	Improcedentes ^{3/}	273,134	151,295	497,520	335,330
	Apelaciones	77,400	32,788	113,503	148,853

Fuente: Telefónica del Perú S.A.A.

1/ Datos solicitados a partir del 2003

2/ Datos solicitados hasta el 2002

3/ Datos solicitados a partir del 2004

4/ Datos solicitados a partir del 2009

5/ Datos solicitados a partir del 2013

6/ Datos solicitados a partir del 2014

7/ Información preliminar, sujeta a evaluación y validación estadística por parte del OSIPTEL.

El temas más reclamado para los usuarios en el 2016, son los problemas económicos como la renta básica en telefonía fija con 179,153 reclamos en el 2016, de los cuales sólo el 24.1% interpuso apelación, seguido de los paquetes de servicios como dúos y tríos con 127, 290 reclamos, de los cuales el 22% llegó a apelación y finalmente la telefonía móvil con 57,224 reclamos con el 37% de apelaciones. Cabe señalar, que se observa un menor número de reclamos por ofertas y promociones, instalación, calidad y reconexión cuando existe gran cantidad problemas por esos temas que no se refleja en las estadísticas. Sin embargo, el servicio más reclamado precisamente es la telefonía fija que es un sector regulado, a diferencia de los paquetes de servicios y telefonía móvil donde existe competencia. Lo preocupante es que de los 179,153 reclamos en renta básica, el 47% fueron declarados improcedentes, sin embargo, solo apelo el 24.1%, es decir 22.9% no acudió a la segunda instancia. Porcentaje donde existe insatisfacción entre los consumidores por la falta de resolución efectiva de sus problemas y que van a sumar aquellos que ven en la protesta social una alternativa para hacerse escuchar.

En comparación, las estadísticas del INDECOPI sobre denuncias ingresadas por actividad económica en el 2015, reflejan:

Cuadro 9:

2.3 OPS - PERÚ: DENUNCIAS INGRESADAS, SEGÚN ACTIVIDAD ECONÓMICA, ENERO - DICIEMBRE 2015

N°	Actividad Económica	Ene-15	Feb-15	Mar-15	Abr-15	May-15	Jun-15	Jul-15	Ago-15	Sep-15	Oct-15	Nov-15	Dic-15	Total	%
1	Sistema financiero	442	415	470	453	420	470	484	533	503	510	503	533	5 736	43,36
2	Telecomunicaciones	88	77	87	90	70	73	81	69	86	66	87	88	962	7,27
3	Seguros	55	54	53	36	67	46	45	45	56	45	55	48	605	4,57
4	Transp. terrestre y otros tipos transp.	64	60	57	59	43	41	46	43	45	39	29	38	564	4,26
5	Transporte por vía aérea	30	38	54	41	41	42	43	39	60	56	52	54	550	4,16
6	Servicios profesionales, técnicos y otros	52	53	56	49	41	49	38	33	45	44	44	39	543	4,10
7	Servicios varios 1/	33	41	33	26	28	31	33	43	38	50	48	33	437	3,30
8	Com. mayorista otros productos	33	28	33	40	30	36	23	40	32	27	28	41	391	2,95
9	Com. min. línea blanca, marrón y otras	39	28	35	39	45	29	28	29	26	30	32	27	387	2,92
10	Venta, manten. y repar. de vehículos	22	34	40	36	49	33	29	27	24	32	31	20	377	2,85
11	Educación	22	30	32	36	22	30	27	28	40	29	31	31	358	2,71
12	Tiendas por dpto., bazares y conexos	28	38	24	20	14	24	28	35	28	24	28	31	322	2,43
13	Construcción e inmobiliario	32	24	34	22	20	25	26	18	30	20	19	31	301	2,27
14	Com. min. otros productos	15	26	22	27	22	26	21	27	28	23	30	32	299	2,26
15	Agencias de viaje y otros serv. de transp.	16	23	15	13	18	17	15	16	28	20	18	22	221	1,67
16	Supermercados, bod., minimark. y similares	13	10	15	15	13	11	8	13	11	7	11	9	136	1,03
17	Otras actividades manufactureras 2/	5	7	7	15	10	16	5	13	14	9	17	16	134	1,01
18	Act. artísticas, entretén. y esparcimiento	4	7	17	5	11	8	10	8	11	16	9	19	125	0,94
19	Restaurantes, bares y cantinas	14	3	9	7	12	13	13	18	2	7	7	11	116	0,88
20	Otras actividades económicas 3/	54	49	63	53	49	52	71	55	55	58	47	62	688	5,05
Total		1 061	1 045	1 156	1 082	1 025	1 072	1 074	1 132	1 162	1 112	1 126	1 185	13 232	100,00

Fuente: Anuario de Estadísticas Institucionales 2015 – INDECOPI

La actividad económica más denunciada ante Indecopi por los consumidores en general en el 2015, es el sistema financiero con el 43,35%, seguido de las telecomunicaciones con 7,27% y los seguros con 4,57%. Aquí también podemos afirmar que los sectores más reclamados son aquellos donde existe asimetría informativa respecto de los términos de los contratos de consumo.

Resaltado aquí, que una característica de la protección al consumidor en los servicios públicos regulados es que cualquier medida para resolver un problema de consumo es ex ante a través de una regulación sectorial, mientras que los correctivos en los consumidores en general es ex post a través de una sanción.

Una vez que conocemos cuales son los rasgos singulares que caracterizan a los mercados de servicios públicos regulados, surge otra interrogante:

¿De qué forma esas características singulares de los mercados de servicios públicos regulados inciden en la protección constitucional del consumidor?

Esas características afectan la protección constitucional del consumidor, en tres aspectos: a) El marco constitucional no reconoce derechos propios de los servicios públicos al consumidor, b) los derechos reconocidos al consumidor en general no pueden aplicarse al consumidor de servicios públicos por su estructura de mercado, y c) Sin tratamiento constitucional diferente no se justifica la autonomía constitucional de los organismos reguladores.

a) El marco constitucional no reconoce derechos propios de los servicios públicos al consumidor:

Conforme se expuso en el marco teórico, los elementos del servicio público son: 1) elemento subjetivo, que implica que en todo servicio público está presente la personalidad del Estado como titular o garante de la prestación, b) elemento objetivo, por cual existe una necesidad esencial de la comunidad que subyace y justifica la prestación del servicio, y; c) elemento material, El servicio público se regula por un régimen jurídico exorbitante de derecho público.

A partir de esos elementos, surgen derechos singulares del consumidor de servicio público como: la continuidad, regularidad, mutabilidad, generalidad, uniformidad y obligatoriedad, que son únicamente aplicables estos mercados regulados.

Por ejemplo, en cualquier mercado competitivo el proveedor tiene el derecho en ejercicio de su libertad de empresa de iniciar una actividad, pero también cerrar la empresa, sin embargo, en los servicios públicos, el proveedor por un deber de continuidad y obligatoriedad no puede liquidar el servicio, porque al ser uno de naturaleza esencial su prestación atañe un interés público de preservación, pudiendo incluso intervenir el Estado para garantizar la prestación. Situación que no ocurre en otros mercados.

b) los derechos reconocidos al consumidor en general no pueden aplicarse al consumidor de servicios públicos por su estructura de mercado.

El derecho fundamental que tiene todo consumidor en competencia es el derecho a elegir que está vinculado a su autonomía, por el cual, el consumidor es libre de elegir el producto o servicios en las condiciones que mejor considere que satisface sus necesidades.

Sin embargo, este derecho que tenemos por descontado todos los consumidores, porque podemos salir al mercado y elegir entre las ofertas disponibles dentro del marco de nuestro derecho de libertad de contratación. Pero, los servicios públicos regulados al operar en situación de monopolio natural no pueden aplicar dicho derecho.

El derecho a la información relevante que reconoce la Constitución como condición para una adecuada decisión de consumo, en los servicios públicos es restringido porque aunque la información no satisfaga las expectativas del consumidor, tendrá que aceptar el servicio por ser la única opción, sin posibilidad de cuestionar la misma, porque la información también es regulada por el organismo supervisor. De tal forma que el rango de libertad de acción del consumidor en los servicios público son limitado e inoperante los derechos consagrados en la constitución creados para un contexto de competencia. Sin tener en cuenta que otros son los deberes que rigen la relación de consumo en los servicios públicos.

c) Sin tratamiento constitucional diferente no se justifica la autonomía constitucional de los organismos reguladores.

El marco constitucional permite como expresión del principio de igualdad, que se brinda igual tratamiento jurídico a sujetos de derecho que se halle en la misma

situación, contrario sensu, para sujetos en desigualdad de condiciones aplica un trato diferenciado. Por tanto, siendo distintas las características de los mercados de servicios públicos y los demás mercados competitivos, reconocido a nivel legal, más no constitucional, por lo que, la autoridad competente en cada mercado son diferentes, en el primer caso, es un organismo regulador y en el segundo un agente de la competencia.

Siendo este organismo en los servicios públicos sectoriales el encargado de establecer las regulaciones ex ante que van a generar los efectos competitivos propios del mercado, estableciendo un equilibrio entre los intereses de la empresa y el consumidor para garantizar el bienestar general. Por tanto, debe estar dotado de un autonomía a nivel constitucional para evitar la captura del regulador, por lo grupos de interés que van a tratar de influenciar sus decisiones.

A diferencia del agente de la competencia que cumple un rol de árbitro en el mercado desempeñando una función de vigilante de la libre y leal competencia, el regulador sectorial remplacea en cierto sentido los efectos del mercado. Por lo que, requiere una mayor autonomía y para llegar a ello. En tanto, los rasgos diferenciadores de cada mercado justifican una protección especial del consumidor de servicios públicos.

¿En qué consiste la protección especial de rango constitucional que plantea la hipótesis?

Cuando hablamos de la protección especial que debe brindar la Constitución a los consumidores de servicios públicos, no nos referimos a ningún privilegio que prime sobre otro sujeto de derecho, sino a un tratamiento constitucional diferenciado que se funde en las características singulares del servicio público.

Los cuales podemos resumir en tres aspectos fundamentales: i) el reconocimiento del consumidor de los servicios públicos como sujeto de derecho distinto; ii) la regulación de derechos propios de los servicios públicos, y; iii) la autonomía constitucional de los organismos reguladores.

i) el reconocimiento del consumidor de los servicios públicos como sujeto de derecho distinto:

Así como el servicio público no es un mercado igual a las demás actividades económicas en la sociedad. El consumidor de servicios públicos no es igual a los

consumidores en general por que el contexto de consumo donde se desarrolla determina deberes y derechos singulares a la relación jurídica contractual con el proveedor.

Por lo que, proponemos que partiendo del artículo 58 de la Constitución, que reconoce la actuación principal del Estado para garantizar la prestación de servicios públicos, se consagre en el artículo 65, el deber estatal de proteger especialmente los derechos e intereses del consumidor o usuario de servicios públicos atendiendo a las características singulares del mercado donde interactúa.

Lo que no significa un privilegio irrazonable del consumidor de servicio público, sino una medida proporcional de naturaleza tuitiva del Estado frente a sujetos que se encuentran en mayor situación mayor indefensión en el mercado.

Con lo que, se le reconoce la calidad de sujeto de derecho distinto del consumidor y usuario en general y se permite un tratamiento constitucional diferente atendiendo a las características propias de su mercado.

ii) la regulación de derechos propios de los servicios públicos:

A medida que sostenemos que el consumidor de servicios públicos es diferente de los consumidores en general, por las características del mercado donde se desenvuelve, también consideramos que existen derechos propios del consumidor de servicios público que es necesario garantizar.

Así, los derechos de acceso universal, continuidad, regularidad, mutabilidad, generalidad, uniformidad y obligatoriedad como prerrogativas exigibles por los usuarios del servicio público son tan validas como el derecho a la información, salud, seguridad e idoneidad de los consumidores en general.

Lo que nos lleva a que para garantizar efectivamente los derechos sustantivos del consumidor de servicios públicos es necesario un organismo constitucionalmente autónomo que haga respetar el marco jurídico a partir del cual se delimite la regulación sectorial.

Así como cada ser vivo en la naturaleza crea o forma parte un ecosistema mayor, consideramos que los consumidores de servicios públicos como sujeto de derecho formar parte de un sistema mayor que garantiza a los ciudadanos el bienestar general

a través de mecanismos constitucionales y legales donde están presentes los derechos y obligaciones propios del mercado como elementos que permiten un fin superior.

iii) la autonomía constitucional de los organismos reguladores:

La autonomía constitucional de los organismos reguladores, es el elemento adjetivo que hace posible el cumplimiento de los derechos y el respeto de los deberes en el mercado de servicios público. Dotando al proceso regulatorio no solo de criterio técnico, especialización, objetividad sino principalmente autonomía en sus decisiones.

Entonces, a la pregunta porque es necesario garantizar la autonomía de los organismos reguladores, porque estas instituciones son vehículos del bienestar general, ya que su captura puede desnaturalizar los fines del servicio público.

Así, un regulador que adopte decisiones influenciado por el gobierno, actuará motivado por criterios de oportunidad y conveniencia política, pudiendo llegar a aprobar regulaciones tarifarias populista que a corto plazo sean ovacionadas por el consumidor pero que a mediano y largo plazo van a perjudicar la sostenibilidad de la empresa, y con ello poder en peligro la continuidad del servicio público.

Por otra parte, cuando el regulador actúa motivado por la influencia de las empresas, podría aprobar decisiones que únicamente benefician las utilidades económicas de las empresas, en perjuicio de los consumidores de sectores más deprimidos que podrían ver mermada su calidad de vida al no poder pagar las tarifas ni asumir las nuevas condiciones contractuales.

Siendo, el justo medio entre el interés público y el interés privado donde se halla el bienestar general lo que deben cautelar los organismo reguladores, que en ejercicio de su autonomía no están vinculados ni al gobierno ni la empresa, lo que le brinda independencia para ponderar los intereses en juego y establecer una regulación de equilibrio.

Por lo que, proponemos la modificatoria del artículo 58 de la Constitución para incorporar, la autonomía constitucional de los organismos reguladores de servicios públicos que tengan como máximo órgano un Consejo Directivo elegidos por concurso público y no por designación política.

Por lo expuesto, consideramos que luego del análisis cualitativo y cuantitativo efectuado en la contrastación de la hipótesis principal se ha demostrado:

- Que la características singulares del mercado de servicio público amerita una tratamiento diferenciado en la Constitución.
- Que el consumidor de servicios públicos es sujeto de derecho independiente de los consumidores en general y por tanto, requieren una especial protección por la Constitución.
- Que el contexto de mercado donde se desenvuelve el consumidor de servicios públicos genera derecho sustantivos propios que es necesario garantizar.
- Que para hacer efectivo una protección tuitiva del consumidor de servicios públicos y el cumplimiento de sus derechos dentro de un marco regulatorio técnico, objetivo e independiente se requiere la autonomía constitucional de los organismos reguladores que a su permita alcanzar el bienestar general de la sociedad como fin último.

2.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS SECUNDARIAS:

En la presente tesis se ha planteado tres hipótesis secundarias que están correlacionadas a los objetivos específicos de la investigación.

Por lo que a efecto de su contratación siguiendo la misma metodológica de la hipótesis principal, es necesario analizarlas por separado, a través de las interrogantes que se desprenden de cada una de ellas. Para demostrar porque consideramos probadas las posibles respuestas al problema de investigación con las conclusiones arribadas en la tesis.

H.1. Existe desprotección de los consumidores de servicios públicos regulados por que el actual marco constitucional aplica una igualdad en la ley a sujetos de derecho en desigualdad de condiciones.

El objetivo de la presente hipótesis es determinar la necesidad de protección especial de los consumidores de servicios públicos regulados.

Para efecto de contrastar esta hipótesis plantearemos la siguiente interrogante:

¿Cómo se justifica de acuerdo a la Constitución el trato diferenciado al consumidor de servicios públicos que postula la tesis?

De acuerdo a la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en su sentencia recaída en el Expediente N° 02974-2010-PA/TC, f. 6, “si por efecto del artículo 2 inciso 2 de la Constitución, existe el derecho a la igualdad tanto formal y material como principio constitucional, en su faceta de igualdad ante la ley esto implica que “(...)la norma debe ser aplicable, por igual, a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma”. Contrario sensu, una norma no debe ser aplicada igual a aquellos que se encuentren en desigualdad de condiciones. Desde el Constitucionalismo moderno se ha reconocido que dicho enunciado no solo significa que todos los ciudadanos concurrimos en igualdad de derechos ante la Ley, sino que hoy en día, la igualdad implica un límite para el legislador, que no puede promover leyes que tengan incursas una diferencia de trato irrazonable y por tanto discriminatoria. Pero a su vez, distingue entre lo que constituye una discriminación y una diferenciación que es trato desigual fundada en una causa objetiva, razonable y por tanto justificada.

En consecuencia, si el principio de igualdad en un sentido amplio, postula que todos somos iguales entre iguales, es decir, que resulta discriminatorio cuando damos un trato desigual a personas que se encuentra en igualdad de condiciones o contrario sensu damos un trato igual a personas en desigualdad de condiciones. Solo existe la posibilidad de dar un trato diferenciado a personas que están en igualdad de condiciones o dar un trato igual a personas en desigualdad de condiciones, cuando estas se funden en causas objetivas y razonables. Entonces, siendo el derecho a la igualdad no solo un límite para el legislador ordinario sino también para el legislador constitucional o poder constituyente. El artículo 65 que establece condiciones iguales a sujetos que se encuentra en desigualdad de condiciones sin que exista causa objetiva o razonable que lo justifique, como son los consumidores de servicios públicos y los consumidores de mercados competitivos, lo que resulta discriminatorio y por tanto, contrario al principio constitucional de igualdad.

Es a partir de esa hipótesis de investigación, que propone una enmienda constitucional que reconozca esas diferencias y establezca un tratamiento especial en la Constitución para los consumidores de servicios públicos.

Esa desigualdad material se manifiesta en la protección al consumidor de los servicios públicos en la resolución de los conflictos de consumo, mientras que los procedimientos de reclamo son de naturaleza lineal en primera instancia y trilateral en segunda instancia administrativa donde interviene el regulador como órgano resolutor. El procedimiento ante INDECOPI para la protección de consumidores en general tiene naturaleza sancionadora, siendo su objeto establece la responsabilidad administrativa del proveedor, a diferencia de los servicios públicos donde el objetivo es dirimir la controversia entre las partes.

Así tenemos que según estadística de OSIPTEL de los recursos de apelación y quejas de los usuarios de los servicios públicos de telecomunicaciones, por sentido de resolución entre el año 2013 al 2015.

Cuadro 10:

Recursos de Apelación y Quejas resueltas por el TRASU, por sentido

		2013	2014	2015
Recursos de Apelación	Acumulado	0.3%	0.5%	0.4%
	Allanamiento	0.0%	0.0%	0.0%
	Anula y Archiva	0.0%	0.0%	0.0%
	Anular	0.1%	0.1%	0.1%
	Conciliación	0.0%	0.0%	0.0%
	Dar por concluido	5.1%	5.2%	13.5%
	Dejar sin efecto la elevación	0.0%	0.4%	11.6%
	Desistimiento	0.0%	0.0%	0.0%
	Fundado	28.7%	30.4%	24.9%
	Fundado con SAP	0.0%	0.0%	0.0%
	Fundado sin SAP	0.0%	0.0%	0.0%
	Improcedente	52.3%	48.1%	39.1%
	Infundado	6.5%	6.5%	4.2%
	Nula	0.0%	0.0%	0.0%
	Parcialmente fundado	6.2%	8.4%	5.8%
	Rechazar/Archivar**	0.8%	0.7%	0.3%
	Sustracción	0.0%	0.0%	0.0%
	Transacción	0.0%	0.0%	0.0%
	Otros	0.0%	0.0%	0.0%
	Total	100.0%	100.0%	100.0%
Quejas	Acumulado	0.8%	1.2%	0.7%
	Anula y Archiva	0.0%	0.0%	0.0%
	Anular	0.2%	0.3%	0.2%
	Archivarse	0.0%	0.0%	0.0%
	Confirmar	0.0%	0.0%	0.0%
	Dar por concluido	0.5%	0.1%	0.0%

Dejar sin efecto la elevación	0.0%	0.1%	5.3%
Desistimiento	0.0%	0.0%	0.0%
Fundado	29.9%	29.8%	45.6%
Fundado con SAP	0.0%	0.0%	0.0%
Fundado sin SAP	0.0%	0.0%	0.0%
Improcedente	21.0%	27.6%	16.1%
Infundado	40.6%	36.9%	28.5%
Nula	0.0%	0.0%	0.0%
Parcialmente fundado	6.9%	4.0%	3.4%
Rechazar/Archivar**	0.0%	0.0%	0.2%
Sustracción	0.0%	0.0%	0.0%
Transacción	0.0%	0.0%	0.0%
Otros	0.0%	0.0%	0.0%
Total	100.0%	100.0%	100.0%

Fuente: Base de Datos del TRASU.

**A partir de Agosto del 2015 los expedientes con sentido "Rechazar" pasan a ser "Archivar"

Los recursos de apelaciones y quejas resueltos por el TRASU, por sentido. En el 2015 el 24.9% fue declarado fundado mientras que 39.1% improcedente y el 5.8% parcialmente fundado. Es decir entre el 2013 al 2015 las apelaciones fundadas disminuyeron en 3.8% mientras y que el número de apelaciones se incrementaron en ese mismo periodo en 25.3%.

Es decir, que el grueso de los reclamos de los usuarios de los servicios públicos concluye con resolución del órgano resolutor, cumpliendo el regulador la función de escuchar los argumentos de ambas partes y resolver la controversia entre el usuario y el consumidor, que en gran porcentaje es improcedente, lo que puede explicar porque la conflictividad del consumo se traslada a la protesta social por falta de una respuesta efectiva de la autoridad ante las insatisfacciones con el servicio público.

Por otro lado, las quejas en el 2015 fueron fundadas en el 45.6%, infundadas en el 28.5% y parcialmente fundada en el 3.4%. Asimismo entre el 2013 al 2015 las quejas fundadas se ha incrementado en 15.7% y las infundadas disminuyeron 12.1%.

Si comparamos en ese mismo periodo del total de reclamos en primera instancia solo el 2,7% llegan con apelación a la segunda instancia. Estos se explica porque entre el procedimiento de atención de reclamos en servicios públicos y el procedimiento de protección al consumidor, existe diferencias resaltante siendo el principal su naturaleza, ya que mientras en los servicios públicos estamos frente a procedimientos bilaterales iniciados solo a iniciativa de partes, en el sistema de protección al

consumidor el procedimiento administrativo es sancionar y puede promoverse de oficio. Por tanto, en el procedimiento de reclamos tiene como finalidad resolver una controversia entre los usuarios y la empresa prestadora mientras que el procedimiento de protección al consumidor busca establecer la responsabilidad administrativa del proveedor. Por tanto, cada sistema con sus diferencias establece mecanismos de protección al consumidor, aunque en los servicios públicos se asume la igualdad procesal como presupuesto cuando el consumidor no está en igualdad de condiciones con las empresas por tanto se requiere un procedimiento más tuitivo, a su vez, los consumidores en general en los procedimientos sancionadores promovidos en Indecopi deben acreditar el defecto pero el proveedor justificar su conducta en una causa objetiva que genere la ruptura del nexo causal para eximirse de responsabilidad, es decir existe inversión de la prueba, de la regla general por la aplicación de la carga de la prueba dinámica, que implica que está obligado a probar quien está en mejor condiciones para realizar actuaciones probatorias a un menor costos. Lo que desde nuestro punto de vista evitaría la conflictividad del consumo.

A diferencia de las estadísticas del INDECOPI, sobre reclamos resueltos según su tipo de conclusión.

Cuadro 11:

2.13 OPS - PERÚ: DENUNCIAS CONCLUIDAS, SEGÚN TIPO DE CONCLUSIÓN, ENERO - DICIEMBRE 2015

N°	Tipo de conclusión	Ene-15	Feb-15	Mar-15	Abr-15	May-15	Jun-15	Jul-15	Ago-15	Sep-15	Oct-15	Nov-15	Dic-15	Total	%
1	Archivo de la denuncia	265	330	294	286	276	302	241	221	270	263	302	280	3 330	26,84
2	Infracción a las normas de protección al consumidor	183	175	181	185	177	243	235	235	189	209	248	253	2 513	20,25
3	Archivo del procedimiento	192	178	127	193	172	203	202	203	170	181	238	255	2 314	18,65
4	Derivado	122	153	138	190	152	157	161	183	113	146	132	153	1 800	14,51
5	Infracción a las normas de protección al consumidor (parcial)	127	116	94	97	100	108	100	118	104	128	139	198	1 429	11,52
6	Improcedencia del inicio de procedimiento sancionador	48	63	57	55	56	60	69	106	118	99	113	101	945	7,62
7	Desistimiento	4	2	7	1	-	5	5	1	4	3	-	1	33	0,27
8	Conciliación	-	-	-	-	-	-	-	-	1	3	5	-	9	0,07
9	Acuerdo extraproceso	-	-	1	-	-	-	-	1	-	-	-	1	3	0,02
10	Otros 1/	9	1	2	3	3	6	1	3	2	1	-	1	32	0,26
Total		950	1 018	901	1 010	936	1 084	1 014	1 071	971	1 033	1 177	1 243	12 408	100,00

Fuente: Anuario de Estadísticas Institucionales 2015 – INDECOPI

Las denuncias de los consumidores en general ante Indecopi en el 2015, según tipo de conclusión: reflejan que el 45.49% fueron archivadas y el 20.25% llegaron a infracción y el 11.52% infracción parcial. Lo que refleja las diferencias con el procedimiento de reclamo de los servicios públicos, donde quien alega algo debe

probarlo. A diferencia del procedimiento sancionador de protección al consumidor donde quien debe probar la infracción es el órgano instructor. Siendo la labor de Indecopi instructora y resolutive, por tanto no basta imputar la infracción sino corresponde demostrar la responsabilidad administrativa del proveedor para sancionar, lo que explica la menor proporción de casos resueltos por infracción en relación al archivamiento, que deriva de la incapacidad de Indecopi de probar la responsabilidad del infractor.

Otros hechos que denota la desigualdad material en la protección al consumidor ente los servicios públicos y los mercados competitivos son las siguientes:

- a) En el 2015 el número de reclamos en primera instancia a nivel nacional en los servicios público de telecomunicaciones fue de 1,108,185 de los cuales 858,641 fueron ante Telefónica del Perú, mientras que el número de reclamos a nivel nacional presentados ante el Servicio de Atención al Ciudadano de INDECOPI en ese mismo año fue 48,482.
- b) En el año 2015, el número de reclamos resueltos en segunda instancia a nivel nacional por el Tribunal Administrativo de Resolución de Reclamos de Usuarios – TRASU (OSIPTel) fue de 29,114, mientras que el número de denuncias resueltos por los Órganos resolutivos de procedimiento sumarísimos de INDECOPI a nivel nacional fue de 12,408.
- c) En el 2015, el servicio más reclamado ante Telefónica del Perú a nivel nacional fue telefonía fija por renta básica con 230,558 reclamos mientras que ese mismo año el mercado más reclamado ante INDECOPI fue el sector bancario y financiero con 19,991 reclamos.
- d) En el 2015, la materia más reclamada ante las empresas operadoras del servicio público de telecomunicaciones a nivel nacional fue por facturación del servicio con 592,060 reclamos, mientras que ese mismo año la materia más reclamada ante INDECOPI a nivel nacional fue por idoneidad del servicio con 38,401 reclamos.
- e) En el 2015, el número de recurso de apelación resueltos por OSIPTel a nivel nacional que fueron declarados fundados fue de 7,237 reclamos, a diferencia de los improcedentes que fueron 11,394 e infundados 1,237 de un total de

29,114 reclamos resueltos, mientras que en el mismo año, de un total de 12,408 denuncias resueltas por las ORPS de INDECOPI a nivel nacional, 2,513 fueron declarados fundados, 1,429 fundados en parte, 3,330 infundados, 2,314 archivo del procedimiento y 945 improcedentes.

Todo lo cual justifica el tratamiento constitucional deferente para evitar que se agudice las controversias de consumo en los servicios públicos desencadenando en conflictos de gran incidencia social.

¿Cómo afecta la protección al consumidor esa desigualdad material regulada por una igualdad formal?

Partimos de la afirmación que la Constitución Política en su artículo 65 al reconocer la defensa de los derechos e interés de los consumidores y usuarios, establece una igualdad formal entre todos los consumidores, cuando la realidad demuestra que existe una desigualdad material entre los consumidores de servicios públicos y los consumidores en general.

Porque, en principio ambos se desenvuelven en mercados con características distintas y por tanto los derechos que le son propios a los consumidores de servicios públicos no le son aplicables a los demás consumidores, así tenemos: el derecho a la continuidad, derecho al acceso universal, el derecho a la autonomía regulatoria, entre otros.

Ya que mientras el derecho fundamental de los consumidores de mercados competitivos es la información, porque ello asegura el ejercicio de sus demás derechos, porque con información se podrá tener salud, seguridad y calidad.

En cambio, para los consumidores de servicios públicos, el derecho fundamental es la autonomía regulatoria, ya que ello garantiza otros derechos como la continuidad, la calidad y el acceso universal y otros.

En suma, si partimos de la idea que todos los consumidores y usuarios son iguales y por tanto requieren los mismos derechos y se impone las mismas obligaciones al proveedor, sin atender a las características peculiares de cada mercado, tenemos con resultado un marco constitucional alejado de la realidad que sustenta una premisa errada y por tanto, cualquier norma de desarrollo llegará a conclusiones equivocadas.

Por qué conforme hemos apreciado en los cuadros estadísticos 6 y 7 analizados en la presente investigación, el consumidor en general y el consumidor de servicios públicos tienen problemas distintos que requieren soluciones jurídicas particulares.

H.2. Un marco constitucional que distinga la protección de los consumidores de servicios públicos regulados de otros, reconocería la singularidad del mercado y las características propias del acto de consumo en los servicios esenciales para una mejor regulación constitucional y legal que evite los conflictos sociales de consumo.

Esta hipótesis tiene como objetivo identificar las principales características del mercado de servicios públicos regulados en el Perú y porque se desencadenan los conflictos sociales de consumo.

Ante la hipótesis planteada, nos preguntamos sobre la efectividad de los cauces legales existentes para canalizar el conflicto social y posibilitar una justicia de consumo que mantenga la armonía en la relación jurídica entre el consumidor y la empresa prestadora, mediante la siguiente interrogante:

¿Por qué el procedimiento de reclamos no logra encausar la conflictividad del consumo en los servicios públicos?

El procedimiento de reclamo exige igualdad procesal entre consumidor y proveedor, cuando es evidente la asimetría informativa que hay en el mercado, por tanto, no se puede pretender regular con una igualdad formal en condiciones de desigualdad material.

Porque entre los consumidores que ven el conflicto social como opción para encontrar la solución a sus problemas en la prestación del servicio, están aquellos:

- Que habiendo acudido al reclamo vieron defraudada sus expectativas por la falta de un carácter tuitivo de regulador en el procedimiento.
- Los consumidores que desconocen otros mecanismos de resolución de sus conflictos y son fácilmente influenciados por la opinión pública.
- Aquellos consumidores que sin haber acudido al procedimiento, consideran ineficaz sus resoluciones por experiencia de terceros.

La pérdida de credibilidad que se reflejan en todos los casos antes señalados sobre el procedimiento de reclamo y la falta de un mensaje predecible del Estado ante los conflictos más recurrentes, sumado a la ausencia de intervenciones oficiosas del regulador con mecanismos sencillos y eficaces para superar la mera protección al consumidor y lograr la justicia de consumo.

Por tanta, la principal causa de la conflictividad de consumo de los servicios públicos se debe a la imposibilidad de encausar esas insatisfacciones dentro del procedimiento de solución de reclamos.

Son aquel grueso de consumidores que no hacen uso de los mecanismos de solución de reclamos de las empresas y el regulador por la pérdida de credibilidad de esos medios, que ven en el camino de la protesta social la vía legítima para canalizar sus insatisfacciones, lo que detona en conflictos sociales con un alto componente de violencia.

Necesitamos por tanto identificar que impide que los consumidores de servicios públicos acudan a la vía de reclamo como medio para hacer conocer sus insatisfacciones a la empresa prestadora y obtener una solución al problema.

Una de esas causas es la asimetría informativa, el consumidor posee menor información que el proveedor que al final impide que pueda ejercer adecuadamente su derecho de reclamo, lo que termina siendo capitalizado por la empresa prestadora para declarar infundado o improcedente el caso. Dirimiendo la controversia a su favor pero con la pérdida de credibilidad del consumidor en el sistema.

Sumado a ello, el excesivo formalismo de la atención de reclamos, donde se pierde de vista que el reclamo es un medio de comunicación de una insatisfacción que debe ser utilizada por la empresa para dar solución al problema del usuario, mediante una comunicación efectiva y a su vez lograr una mejora continua.

La falta de principio de autoridad de los organismos reguladores, en los procedimientos de reclamos, si el conflicto es el estado de irregularidad en la relación, lo que el consumidor demanda cuando presenta su reclamo es que el Estado ponga en estado regular las cosas, restableciendo los derechos y sancionando la conducta del proveedor.

Sin embargo, como señalamos los reguladores que tiene en el diseño de la atención de reclamo, un procedimiento trilateral se limita a ver actuar a la partes y resolver la controversia, lo que no hace imperar el principio de autoridad en el mercado.

Por tanto, quizás se requiera cambiar el diseño de la atención de reclamos por un procedimiento sancionador donde el Estado tenga un rol protagónico en la protección al consumidor, donde las malas prácticas de las empresas no se disfracen con una resolución favorable al reclamo sino una sanción.

Por lo que, si queremos encausar la conflictividad de los servicios públicos en un procedimiento de protección al consumidor eficaz que evite la detonación de conflictos sociales de consumo, necesitamos partir de reconocer constitucionalmente al consumidor de servicios públicos como un sujeto de derecho que requiere una protección especial.

Dicha protección especial se manifiesta en dos aspectos principales: a) derechos diferencias acorde a las características singulares de los mercados de servicios públicos; b) la autonomía constitucional de los organismos reguladores que permita instaurar el principio de autoridad en cada mercado que devuelva la credibilidad en el sistema al consumidor.

H.3. La constitucionalización de los organismos reguladores mejorará la protección de los consumidores de servicios públicos al garantizar la autonomía de estas entidades y evitar su captura por los grupos de interés.

¿Cuál es el impacto de la constitucionalización de los reguladores en la protección al consumidor?.

Ante de contestar esta interrogante, debemos señalar que el escenario actual conforme analizamos en el primer capítulo de la tesis es propenso a la captura del regulador, ya sea por el gobierno o la empresa. Generando el mismo efecto de la debilidad institucional en el consumidor que es la pérdida de credibilidad en el sistema y se abraza otras vías para hacerse escuchar.

Actualmente de acuerdo a la Ley Marco de Organismos Reguladores, cada entidad tiene como máximo órgano un consejo directivo integrado por 5 directivos designados por el Poder Ejecutivo, siendo el presidente también designado por el gobierno que tiene a su cargo la labor ejecutiva.

Esta forma de designación contradice el propio surgimiento de los reguladores como órganos técnicos independientes que en la toma de sus decisiones ponderen el interés público de los consumidores con el interés particular de la empresa.

Sin embargo muchas veces, el gobierno que es un ente político que actúa en función de oportunidad y conveniencia política, tiende a presionar al regulador para que sus decisiones sean acorde a la clase política gobernante, lo que resta autonomía. Por el otro lado ocurre lo mismo, las empresas hacen sentir su influencia entre los reguladores para hacer prevalecer sus intereses particulares.

Por tanto, requerimos un regulador capaz de soportar la presión de los grupos de interés manteniendo su autonomía e independencia en sus decisiones, guiándose únicamente por un criterio técnico que permita establecer regulaciones que incentiven la eficiencia del empresa prestadora y a su vez se respete los derechos de los consumidores con la mejora continua de la prestación del servicio.

Ahora, sobre cuál sería el impacto de la constitucionalización de los organismos reguladores en la protección al consumidor de los servicios públicos, ello vendría a fortalecer la autonomía institucional tan necesaria para el diseño de políticas a largo plazo y el restablecimiento del principio de autoridad en el mercado para recuperar la credibilidad de la población en la acción estatal y su procedimiento como medio para la resolución de conflictos de consumo.

Los organismos reguladores tienen un origen en la ley, y por tanto, puede ser eliminado en un escenario político no propicio a la regulación de mercado, hay quienes creen que los servicios públicos puede autoregularse solos y otros quienes sueñan con volver al pasado cuando el Estado asumía mediante empresas públicas la gestión directa de los servicios públicos, escenarios donde era necesario un ente regulador.

Sin embargo, la experiencia ha demostrado que la regulación económica en los servicios públicos ha permitido el desarrollo de los mercados y las nuevas inversiones, lo que a su vez repercute en la economía nacional. Por tanto, es necesario preservar los organismos reguladores pero dotándolos de verdadera autonomía que les permita actuar de manera decidida en la protección al consumidor.

Los impactos esperados con la constitucionalización de los organismos reguladores, es la estabilidad institucional para proponer políticas a largo plazo que mejoren las condiciones de protección de los consumidores de servicios públicas y la garantía de decisiones técnicas en el establecimiento de nuevas regulaciones, desterrando definitivamente posibilidad de la captura del regulador.

2.2. CONSECUENCIAS DE LA CONTRASTACIÓN

Como consecuencia de la contrastación de hipótesis hemos arribado a importantes conclusiones que le dan validez a nuestra tesis al haber comprobado las hipótesis de estudio en el desarrollo de la presente investigación, así tenemos que:

- Que se ha demostrado que existen características económicas, sociales y jurídicas singulares a los mercados de servicios públicos que ameritan una protección especial del consumidor en la Constitución.
- Que ha quedado corroborado que existe desigualdad material entre consumidores de servicios públicos regulados y los consumidores en general, ya sea por el entorno donde se desenvuelven, los intereses propios que representan, los derechos particulares y la autoridad administrativa que los regula, desvirtúan la necesidad de igualdad formal del artículo 65 de la Constitución, permitiendo otorgar un tratamiento jurídico diferente a ambos. –
- Que el fenómeno de los conflictos sociales de consumo, no hace sino demostrar la necesidad de un cambio de marco constitucional de la protección al consumidor, reconociendo al consumidor de servicios públicos y dotarlo de mecanismos efectivos para afrontar la conflictividad del mercado.
- Que la captura del regulador es un grave riesgo no solo para la objetividad e independencia del proceso regulatorio sino principalmente para el bienestar general, porque se pretende debilitar a organismos que tienen un origen legal, por lo que se necesitamos fortalecerlos desde la constitución mediante su autonomía de rango constitucional.
- Que por tanto siendo la presente tesis no solo explicativa del problema de investigación sino que a su vez contempla una propuesta de enmienda constitucional, que garantice una protección constitucional adecuada de los consumidores de los servicios públicos razonable y proporcional con el fin que se pretende conseguir.
- El artículo 58 de la Constitución, que define el rol del Estado en los servicios públicos en el marco de una economía social de mercado imponiéndole al Estado el deber de actuación principal en los servicios públicos, lo que implica que asume una obligación activa de garantizar y proveer estos servicios a su ciudadanía y no únicamente de crear las condiciones para el surgimiento de la oferta en el mercado

como ocurre con los otros servicios. Además de supervisar a los agentes en el mercado y velar por la protección de los consumidores.

- Hemos verificado que existen condiciones particulares bajo las cuales tiene lugar la provisión de los servicios públicos: (i) existencia de economías de escala y alcance, y subaditividad de las funciones de costos en uno o más segmentos de la industria, lo que da lugar a condiciones de monopolio natural; (ii) consumo masivo de los servicios y, por tanto, alta sensibilidad política en torno a las decisiones que afectan su provisión lo que nos lleva al surgimiento de los conflictos sociales de consumo; y (iii) una elevada proporción de los costos están hundidos y varios de los activos utilizados son específicos, en el sentido de que no tienen uso alternativo, de manera que las empresas enfrentan barreras a la salida del mercado y están expuestas a riesgos de expropiación de sus inversiones.

- Se ha determinado que cuando las condiciones de libre y leal competencia no son aplicables al mercado, como en los servicios públicos, surge un entorno donde los usuarios están restringidos en su libre elección y no donde hay posibilidad de trasladar la demanda en caso de insatisfacción a otro proveedor, donde existen mayores incentivos del proveedor para aprovechar esa status de cautividad de consumidor, desde luego, la reglas de protección o el nivel de protección estatal requieren ser diferente en esos casos.

- El servicio público en el Perú ha estado permanentemente influido por el contexto político y las corrientes económicas imperantes, lo que significa que hoy más que nunca existe interés del gobierno y la industria en restarle autonomía a las decisiones de los reguladores, por lo que debe fortalecerse desde la Constitución. Razón por la cual, es necesario garantizar la independencia de sus decisiones, logrando su autonomía constitucional, porque solo así es posible diseñar políticas regulatorias a largo plazo que promueven mejor calidad de vida para los ciudadanos, el desarrollo de la empresa y el bienestar general de la sociedad.

- Los conflictos sociales generalizados donde los usuarios se organizan de forma colectiva para exigir sus derechos están cambiando indefectiblemente la concepción de la regulación de los servicios públicos, ya que el Estado no solo en su rol supervisor sino también como garante de servicios esenciales a su población debe fortalecerse para hacer frente a las empresas concesionarias que vulneran los derechos de sus usuarios. Haciendo más efectiva la protección de los consumidores

de servicios públicos, partiendo para ello del marco constitucional donde se debe dar una protección prioritaria y especial para luego afianzar la institucionalidad de los organismos reguladores.

- la falta de autonomía del regular por injerencia política tiene su origen en la ausencia de marco constitucional de los reguladores, que permite a sus directores actuar con plena independencia de cualquier grupo de interés y sin que sucumban ante la captura del regulador por el gobierno o la empresa privada. Se hace necesario optimizar a los reguladores con mecanismos constitucionales que cautelen tanto la organización como el proceso regulatorio garantizando su objetividad e imparcialidad en sus decisiones. Anteponiendo el criterio técnico a la presión política o interés de grupos económicos, ya que si no podemos crear un régimen constitucional de equilibrio en el trinomio gobierno-empresa y regulador como podemos pretender que se proteja el bienestar general mediante el equilibrio de mercado.

- Por tanto la propuesta constitucional que sustenta la presente investigación conforme el principio de unidad y concordancia práctica de la Constitución, busca dentro de la protección constitucional general brindada al consumidor en el artículo 65, materializar el deber de actuación prioritaria del Estado en los servicios públicos que contempla el artículo 58., mediante su reconocimiento como sujeto de derecho del consumidor de servicio público, a la par de dotarlo de derechos propios del ámbito regulatorio y consagrar la autonomía constitucional de los organismos reguladores.

- Los servicios públicos tiene una función legitimadora del Estado frente a sus ciudadanos, por lo que se debe dotar de autonomía, objetividad, credibilidad y confianza al proceso regulatorio y el organismo que la dirige.

La imposibilidad de existencia de competencia en los servicios públicos regulados brindado mediante un régimen de monopolio natural, ofrece el reto de instaurar una regulación eficiente del mercado que permita gozar de los efectos de la competencia por los consumidores.

- Al existir un solo prestador en los servicios públicos, el precio de mercado no se acercaría por si sola al precio de equilibrio, ya que el monopolista tiende a imponer el precio más alto. Por lo que surge la regulación económica en estos sectores como

mecanismo para evitar el abuso del poder monopólico del prestador de servicio público, donde no basta que el Estado actúe mediante su clásico rol de agente de competencia vigilando el mercado. Sino que es imperioso un agente regulador que mediante un marco regulatorio establezca incentivos para lograr los efectos competitivos en el mercado.

También los servicios públicos que según la doctrina se adscribe al derecho administrativo, porque ser el régimen jurídico exorbitante que tradicionalmente se utiliza para su regulación, aun cuando estamos hablando de servicios comerciales que debería regirse por el derecho común, la presencia de la personalidad del Estado y tener como objeto la prestación de servicios esenciales, hace le sea aplicable el derecho administrativo.

Entonces tenemos, resumiendo lo desarrollado en el marco teórico sobre la doctrina del servicio público que las principales características singulares de sus mercados son:

- Presencia de la personalidad del Estado como gestor o garante.
- Función legitimadora del fin del Estado al procurar el bienestar de su población.
- Prestación de servicios de naturaleza esencial para la comunidad.
- Limitación de la oferta por la imposibilidad de su prestación por dos o más proveedores, debido a la existencia de monopolio natural.
- Marcada asimetría informativa por la existencia de brecha de información entre el consumidor y el proveedor.
- El precio no surge de la interacción entre el ofertante y el demandante sino como consecuencia de regulación económica que simula los efectos competitivos.
- Existencia de fallas de mercado como los bienes públicos y externalidades que limitan su eficiencia.
- Sometido a un régimen jurídico de derecho público que permita la intervención estatal como el Derecho administrativo.

Ahora, porque todas estas características que son ajenas a otros mercados con vocación competitiva afecta la protección al consumidor.

En principio no estamos frente a consumidores en pleno ejercicio de sus derechos conforme lo establece el artículo 65 de la Constitución.

Desde el derecho a elegir pasado por el derecho a la información y la libertad contractual están limitados, por tanto, la protección al consumidor requiere una respuesta más tuitiva del Estado, ya que no estamos frente a condiciones materiales iguales a otros consumidores, que puede elegir entre proveedores, precio, calidad e información previo a la decisión de consumo e incluso dar por culminado el contrato si este no satisface sus necesidades.

En suma, las características singulares del mercado de servicios públicos regulados ameritan una protección especial en nuestra Constitución Política porque los consumidores requieren el pleno ejercicio de sus derechos en su relación de consumo, lo cual repercute directamente en su protección como consumidor al no poder ejercitar derechos propio de los servicios públicos.

2.3. PROPUESTA PARA LA SOLUCIÓN DEL PROBLEMA.

A lo largo de la investigación hemos verificado y contrastado las diferencias de índole: económicas, sociales y jurídicas del mercado de servicios público regulados en el Perú en relación con otros mercados de bienes y servicios con vocación competitiva.

Siendo las principales características que diferencia al mercado de servicios públicos regulados de otros y que ameritan un trato diferenciado en la Constitución Política, para un adecuado protección del consumidor en observancia del principio de igualdad consagrado en el artículo 2 inciso 2 de nuestra carta magna:

i) Características económicas: El mercado de servicios públicos presenta fallas de mercado como el monopolio natural donde no es posible que exista competencia, porque es más eficiente que solo una empresa produzca el bien o servicio que dos o más, por los costos hundidos asociados a la prestación del servicio público y por la economía de escala donde es más barato producir una unidad adicional del producto.

Por esta circunstancia, solo existe un proveedor del servicio público, restringiendo el derecho de elegir del consumidor al no ser posible la competencia.

Por tanto, el precio no se fija como en situación de competencia mediante la interacción entre ofertantes y demandantes, sino que es necesario que un organismo técnico especializado del Estado, establezca la tarifa más cercana al precio de equilibrio, que es aquel que se cobrarían en régimen de competencia.

Así surge la necesidad de un órgano regulador. El cual se solventa en su especialidad, criterio técnico, objetividad y autonomía para evitar la captura del regulador, que es la circunstancia en que el regulador adopta decisiones influenciado por los grupos de interés como el Estado o la empresa concesionaria.

ii) Características sociales: En el mercado de servicios públicos subyace un interés general al satisfacer necesidades esenciales para la colectividad, como el agua potable, la electricidad, las telecomunicaciones y la infraestructura de transporte. Lo que hace que la sociedad sea muy sensible a cada medida que se adopta en relación a los servicios públicos y que tenga un efecto colectivo inmediato.

Así el alza de la tarifa, la interrupción o mala calidad del servicio público puede desencadenar un conflicto social de consumo como ha venido ocurriendo en nuestro país, y la razón es sencilla, como sociedad podemos prescindir del consumo de algunos bienes o servicios por existir sustitutos, pero dependemos plenamente de los servicios público para nuestra vida en sociedad, ya que la falta de agua o electricidad puede conllevar graves consecuencias para la vida de los ciudadanos.

Esas manifestaciones colectivas y espontaneas de los consumidores de servicios públicos como medida ante la falta de respuesta efectiva del regulador a sus reclamos o insatisfacción con la prestación del servicio, puede desencadenar en hechos de violencia con costos humanos y materiales que el Estado debe evitar y controlar antes que surja.

Para ello, el regulador de aplicar medidas especiales en el procedimiento de reclamos, para la atención de reclamos colectivos, o actuación de oficio para reclamos de interés general de los consumidores, evitando una actitud pasiva frente a las problemática del servicio público.

En consecuencia la conflictividad en los mercados de servicios públicos por el interés general y necesidades colectiva que subyace a su prestación debe ser controlada mediante una respuesta efectiva del regulador que implica medidas extraordinarias, amparada en un marco constitucional que le brinde autonomía al proceso regulatorio.

iii) Características jurídicas: Los servicios públicos tiene como elementos jurídicos, la personalidad del Estado como titular y garante, la existencia de un interés público insatisfecho como objeto del servicio y el régimen jurídico exorbitante o Derecho administrativo como naturaleza jurídica del servicio y delimitación de la competencia.

A su vez tiene como características jurídicas propios del servicio público: a) la continuidad, que permite que el servicio se preste de forma ininterrumpida, b) la regularidad que exige el respeto de las reglas preestablecidas en el marco regulatorio y el contrato para garantizar la seguridad jurídica, c) la uniformidad o igualdad, que busca que el servicio sea prestado a todos de forma igualitaria, d) la generalidad, porque el servicio público debe ser brindado de manera general o colectiva, e) la

mutabilidad, que permite al regulador un marco regulatorio flexible que sea capaz de adaptarse a las nuevas necesidades de interés general, y; f) obligatoriedad, ya que el servicio es exigible por todos los consumidores y sin posibilidad de desvincularse por el prestador.

En suma, el mercado de servicios públicos posee características singulares que son ajenas a otros mercados y que por tanto requiere una especial regulación no solo a nivel legal sino más importante en la esfera constitucional para garantizar la protección del consumidor del servicio público y la autonomía del regulador.

Por tanto, nuestra propuesta implica una reforma constitucional del régimen económico de la Constitución Política sostenida en dos ejes principales:

- a) El reconocimiento constitucional de los derechos del consumidor de servicios públicos regulados.
- b) La constitucionalización o autonomía constitucional de los reguladores de servicios públicos.

Como antecedente de nuestra propuesta tenemos que mediante el artículo 4 de la Ley N° 27600, Ley que suprime firma y establece proceso de reforma constitucional, promulgada el 15 de diciembre del 2011, se encargó a la Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales hacer una revisión integral de la Constitución de 1993 y proponer al pleno del Congreso de la República, un proyecto de reforma total de la constitución, para ello se tomaron como base los proyectos de Ley N° 267/2001-CR, 607/2001-CR, 611-2001-CR, 1081/2001-CR y 1514-2001-CR, a partir del cual se elaboró el Dictamen del Proyecto de Ley de Reforma de la Constitución Política del Perú, que en sus artículos 24, 42, 107 y 108 recogen una fórmula similar, pero guardando sus diferencias con nuestro postulado:

Artículo 24°.- Toda persona (...) Tiene, además, el derecho a participar en la gestión de los servicios públicos de salud en la forma establecida por la ley.

Artículo 42°.- Los consumidores y usuarios tienen derecho a la protección de su salud y seguridad así como de sus intereses económicos frente a prácticas abusivas; a elegir libremente y ser adecuadamente informados sobre los bienes y servicios, públicos o privados, que se encuentren a su disposición en el mercado; y a la participación organizada.

El Estado garantiza el respeto de estos derechos y supervisa la calidad y eficiencia de los servicios públicos.

Artículo 107°.- La ley califica las actividades esenciales para satisfacer las necesidades de interés colectivo que constituyen servicios públicos. La regulación de los servicios públicos es facultad exclusiva del Estado.

Los organismos reguladores de los servicios públicos e infraestructura de uso público son personas jurídicas de derecho público, con autonomía dentro de sus respectivas leyes orgánicas. Son funciones de estos organismos supervisar, regular y fiscalizar la prestación de los servicios públicos y la racional utilización de la infraestructura nacional de uso público, y de cautelar los intereses de los usuarios, los inversionistas y del Estado.

Artículo 108°.- Cada organismo regulador de los servicios públicos es gobernado por un Consejo Directivo integrado por cinco (05) miembros. El Poder Ejecutivo los designa. El Senado ratifica al Presidente del Consejo Directivo. Los miembros del Consejo Directivo no representan a entidad ni interés particular alguno.

Finalmente el Artículo 97° señala que (...) La acción del Estado está dirigida principalmente a: (...)

1. Garantizar la prestación de servicios públicos y supervisar su funcionamiento.

La fórmula legislativa que proponemos para materializar los dos objetivos planteados de nuestros ejes de trabajo, es la siguiente:

“Artículo 58.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen el Estado orienta el desarrollo del país, actúa principalmente en las áreas de promoción del empleo, salud, educación, infraestructura y seguridad y garantiza la prestación de los servicios públicos”.

“Para tal efecto, los organismos reguladores de servicios públicos se constituyen en organismos constitucionalmente autónomos, teniendo como órgano máximo un Consejo Directivo conformado por 5 miembros elegidos por concurso público según los requisitos establecidos en sus Leyes orgánicas”.

“Artículo 65.- El Estado protege los derechos e intereses de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información, la seguridad y la

salud sobre los bienes y servicios que se encuentre a su disposición en el mercado. Sin que limiten los demás derechos de los consumidores”.

“Asimismo, protege especialmente los derechos e intereses del consumidor o usuario de servicios públicos atendiendo a las características singulares del mercado donde interactúa. Para ello garantiza el derecho de acceso universal, continuidad, regularidad, mutabilidad, generalidad, uniformidad y obligatoriedad en la prestación del servicio público”.

2.4. IMPACTO SOCIAL DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA PROPUESTA.

Si nos referimos al impacto social de la implementación de la propuesta que arriba la presente investigación, debemos afirmar que sus efectos recaerán positivamente en el bienestar general no sólo del consumidor de servicios públicos sino del mercado, dado que a partir de la reforma constitucional del artículo 58 y 65 de nuestra Constitución política se generan los siguientes impactos sociales:

- El consumidor de servicios públicos tendrá una protección especial y singular de acuerdo las características de las características del mercado donde interactúan.
- Se parte del supuesto fáctico que consumidores de servicios públicos y consumidores en general no se encuentran en igual de condiciones y por tanto requieren un tratamiento diferenciado por la Constitución y la leyes, lo que justifica la regulación de algunos sectores y desregulación de aquellos con vocación competitiva.
- La autonomía constitucional de los organismos reguladores de servicios públicos, vendrá a contribuir no sólo al fortalecimiento institucional de esas entidades sino la independencia de las políticas y decisiones regulatorias en cada sector, dotándolos de mayor rigor técnico y autoridad a la regulación e impedir la influencia política y captura del regulador por los grupos de presión e interés.
- Mediante un tratamiento diferenciado al consumidor de servicios públicos y autonomía en las decisiones regulatorias generar confianza en el consumidor y reducir o previene la conflictividad social.

CAPITULO 3:

CONSECUENCIAS

3.1. COSTOS DE IMPLEMENTACIÓN DE LA PROPUESTA.

El costo-beneficio de nuestra propuesta implica una reforma parcial de la Constitución, manteniendo la integridad, cohesión y funcionalidad de los principios del régimen económico de la Constitución, sin afectar su estructura e irrogando el menor costo al erario nacional para su implementación.

Mientras que el mayor costo que puede generar la propuesta es el fortalecimiento institucional de los organismos reguladores cuyos gastos que irroguen serán cubiertos con los aportes de regulación que constituyen fondos propios de estos organismos.

3.2. BENEFICIOS QUE APORTA LA PROPUESTA.

Dado que el mayor beneficio esperado es una adecuado protección constitucional del consumidor de servicios públicos en el Perú y en consecuencia la mejora del bienestar general mediante un sistema de incentivos que procure el equilibrio entre el interés de los inversionistas, el Estado y los consumidores, reduciendo el riesgo de captura del regulador y la conflictividad del mercado.

Ello repercute como beneficio implícito en el incremento de la confianza del consumidor y del principio de autoridad de los organismos reguladores, a su vez que reduce los conflictivos sociales de consumo que promueven la inversión pública, la generación de empleo y el crecimiento del consumo a partir de la regulación pública que se generará con la nueva protección constitucional del consumidor de servicios públicos.

CONCLUSIONES

A modo de conclusión de la presente tesis, podemos señalar:

- Uno de los errores en la fórmula de protección del consumidor de la Constitución de 1979 y 1993, es creer que los consumidores y usuarios no tienen derechos sino intereses, cuando en efecto, los derechos descritos en el artículo 110 de la carta del 79 y artículo 65 de la Constitución del 93 son auténticos derechos constitucionales enmarcados dentro de la segunda generación de derechos humanos, y por tanto derechos económicos, sociales y culturales.
- Considerando las características económicas, sociales y jurídicas de los mercados de servicios públicos en el Perú, que diferencia al consumidor de servicios públicos de otros mercados, se requiere un marco constitucional que establezca un tratamiento diferenciado en observancia del principio de igualdad.
- Es necesario incorporar en el artículo 58 de nuestra Constitución vigente, la autonomía constitucional de los organismos reguladores de servicios públicos.
- Es preciso modificar el artículo 65 de la Constitución política, estableciendo el reconocimiento constitucional de los derechos e intereses del consumidor del servicio público.
- Se ha identificado como característica del mercado de servicio público regulado, el fenómeno actual de los conflictos social de consumo, no como consecuencia de una falla de mercado sino como respuesta a la falla del Estado.
- Creer ciegamente en la regulación, es creer en su infalibilidad, donde no existen fallos del Estado, lo cual nos puede llevar a efectos inesperados y perversos, como los militantes nazis que llevaron a cabo la ejecución de la solución final en la Alemania Nazi, que creían hacer lo correcto al cumplir órdenes, por la sola autoridad

del Estado, siendo tan eficiencia en su trabajo que exterminaron a 6 millones de judíos en los campos de concentración, pero sin reparar en el contenido ético de sus actos, ni juicio de valor sobre lo correcto o indebido de dichas órdenes.

- De igual forma, si el Estado pierde de vista la regulación como medio para procurar el bienestar general, por considerar un fin en sí mismo, “regular por el solo hecho de regular”, y sin servir a un fin superior del interés colectivo, podríamos caer en la forma más dañina de captura del regulador, que es *“la captura del regulador por el propio regulador”*, por la burocratización del mismo.

RECOMENDACIONES:

- La presente tesis propone como recomendación principal la reforma parcial de la Constitución Política en sus artículos 58 y 65 del régimen económico, para incorporar la protección constitucional del consumidor de servicios públicos y la autonomía constitucional de los organismos reguladores, con el siguiente tenor:

“Artículo 58.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen el Estado orienta el desarrollo del país, actúa principalmente en las áreas de promoción del empleo, salud, educación, infraestructura y seguridad y garantiza la prestación de los servicios públicos”.

“Para tal efecto, los organismos reguladores de servicios públicos se constituyen en organismos constitucionalmente autónomos, teniendo como órgano máximo un Consejo Directivo conformado por 5 miembros elegidos por concurso público según los requisitos establecidos en sus Leyes orgánicas”.

“Artículo 65.- El Estado protege los derechos e intereses de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información, la seguridad y la salud sobre los bienes y servicios que se encuentre a su disposición en el mercado. Sin que limiten los demás derechos de los consumidores”.

“Asimismo, protege especialmente los derechos e intereses del consumidor o usuario de servicios públicos atendiendo a las características singulares del mercado donde interactúa. Para ello garantiza el derecho de acceso universal, continuidad, regularidad, mutabilidad, generalidad, uniformidad y obligatoriedad en la prestación del servicio público”.

- Recomendamos que el Estado debe dar una respuesta efectiva a la protección de los consumidores de servicios públicos en el Perú, para evitar los conflictos sociales de consumo, otorgando mayores facultades de orden constitucional y legal a los organismos reguladores para imponer el principio de autoridad en las empresas

supervisadas, garantizar la calidad y continuidad de los servicios públicos, estrechar la asimetría informativa entre los usuarios y las empresas prestadoras y evitar riesgos en el servicio público que afecten la calidad de vida de la población. Por lo que se hace necesario revisar la Ley Marco de Organismos Reguladores de Servicios Públicos y aprobar un reglamento general de acciones de supervisión y/o fiscalización preventiva y un reglamento de actuaciones inmediatas de oficio para hechos de incidencia social en los servicios públicos.

- Los organismos reguladores deben evitar la burocratización de su organización para impedir el tipo de captura más perversa ***“la captura del regulador por el propio regulador”***. Para lo cual, deben enfatizar sus esfuerzos en su función supervisora y fiscalizadora, pero de manera preventiva y no reactiva. Lo que implica que las acciones de supervisión desplegadas no sean motivadas por la infracción ni la sanción, sino para prevenir los actos o prácticas de las empresas que afectan la prestación regular del servicio y por ende al consumidor.

- Recomendamos para garantizar la democracia corporativa en los organismos reguladores que los miembros del Consejo Directivo que se renuevan por ternas, sean designados por concurso público y que no cesen los directivos salientes hasta que asuma el nuevo miembro, con lo cual, se evita debilitar el organismo regulador al no necesitar menos votos para aprobar una iniciativa regulatoria.

- Recomendamos garantizar la autonomía técnica de los organismos reguladores para evitar la injerencia política e influencia privada, donde prime el principio de objetividad de la regulación para establecer un equilibrio en el mercado, que no afecte la continuidad de la empresa ni la protección de los derechos de los consumidores. Para lo cual, un marco constitucional de los reguladores permitirá fortalecer la autonomía institucional y la independencia de sus decisiones que cautele tanto la organización como el proceso regulatorio. Teniendo como fin último el bienestar general de la población.

- Recomendamos que los organismos reguladores fortalezcan los consejos de usuarios pero a nivel de cada región, como órgano encargado de canalizar las insatisfacciones de los consumidores de los servicios públicos, para que exista un canal de comunicación fluido entre la autoridad administrativas y los ciudadanos,

evitando el desencadenamiento de los conflictos sociales de consumo, que muchas veces son detonados por la falta de información.

- Ningún modificación o enmienda normativa sea en la Constitución o la Ley garantiza el éxito de la propuesta, ya que siempre existe la variable del error u omisión humana, porque quienes van hacer cumplir las leyes, son los servidores y funcionarios públicos, quienes debe asumir y entender el espíritu de la norma, para evitar su desnaturalización. Lo que implica la designación de funcionarios idóneos con sólidos conocimientos del sector y la realidad nacional pero a su vez tengan plena capacidad moral para hacer prevalecer la independencia en sus decisiones.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BIBLIOGRAFÍA

1. ARIÑO, G (2004) Principios de Derecho Público Económico, 3ra edición ampliada, Granada, Ed. Comares.
2. ASENJO, O. (1984). La Constitución Económica Española. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
3. AYALA, J (1999) La economía del sector público mexicano, México, FE – UNAM.
4. BACACORZO, G (1997) Tratado de Derecho Administrativo, Lima, Editorial Gaceta Jurídica.
5. BISCARETTI, P. (1973) Derecho Constitucional, Editorial Tecnos, Madrid.
6. BUNGE, M. (2000). La investigación científica. Su estrategia y su filosofía, Editorial Siglo XXI, México.
7. BULLARD GONZÁLEZ, A. (2010) Derecho y Economía; El Análisis Económico de las Instituciones Legales, Lima: Editorial Palestra.
8. CASSESE, SABINO. (2003). La Crisis del Estado, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
9. CHANAMÉ ORBE, R. (2011). Diccionario de Derecho Constitucional, 8va edición, Lima, Editorial Adrus.

10. CHIRINOS SOTO, E. (1979). La nueva Constitución Al alcance de todos, Lima: Editorial Andina.
11. DANOS, J. y otros (2004) La Gestión de los Servicios Públicos en Derecho Administrativo 2, selección de textos, Lima, PUCP.
12. DE VERGOTTINI, G. (2005) Derecho Constitucional Comparado, Ed. Universidad de Buenos Aires.
13. DONAYRE MONTESINOS, C. (Compilador) (2010) Constitución, Economía y Empresa en el Perú, Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas S.A.C.
14. DURAND CARRIÓN, J., (2007). Tratado de Derecho del Consumidor en el Perú, Lima: Fondo Editorial de la Universidad de San Martín de Porres.
15. DURAND, JULIO. (2006). Derecho del Consumidor. Lima: Editorial Cuzco.
16. Economía para todos (2000), Instituto Apoyo, Lima, Editorial Bruño.
17. DUGUIT, L (1926) Manual de Derecho Constitucional, Traducción J.G. Acuña, 2da edición, Madrid, edición española.
18. ESPLUGAS, P. (2001) Le service public, Paris, 2da edición, Dalloz-Sirey.
19. FERNANDEZ VALDIVIEZO, J. (2009). Nuestras Constituciones; papeles básicos para una historia institucional del Perú, Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú.
20. GARCIA TOMA, V. (1998). Análisis sistemático de la Constitución peruana de 1993, Lima: Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima.
21. GARCIA, V. (1998). Análisis sistemático de la Constitución peruana de 1993, Tomo II, Lima: Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima.
22. GHERSI, C. (Director), (2015). Manual de los Derechos de Usuarios y Consumidores. Buenos Aires, Argentina; Fondo Editorial de Derecho y Economía, Thomson Reuters La Ley.
23. GIL, O (1997) Políticas públicas de regulación de las telecomunicaciones: las instituciones políticas, económicas y sociales, como condicionantes de la economía, Madrid, Instituto Universitario Ortega y Gasset.

24. GUTIERREZ, W. (Comp.) (2013). La Constitución comentada, 2da edición, Tomo I, Lima: Gaceta Jurídica.
25. GUZMÁN, Ch. (2015). La Constitución Política; un análisis funcional, Lima, Gaceta Jurídica.
26. KRESALJA, B, OCHOA, C. (2012) El régimen económico de la Constitución de 1993, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
27. KUHM, T. (1971). La estructura de las revoluciones científicas. Ed. Fondo de Cultura Económica, Madrid.
28. LOEWENSTEIN, K. (1986). Teoría de la Constitución. Editorial Ariel. Madrid.
29. PATRON, F y PATRON, B (1998) Derecho Administrativo y administración pública en el Perú, Lima, 7ª Ed., Editorial Grijley.
30. PONTIER, J. (1996) Les service publics, Paris, Hachette, Les Fondamentaux.
31. POPPER, K. (2008) La lógica de la investigación científica, 2da edición, Editorial Tecnos, Madrid.
32. RAMOS, C. (2005) Cómo hacer una tesis en derecho y no envejecer en el intento, 3ra edición, Lima, Editorial Gaceta Jurídica.
33. RUBIO CORREA, M. (1999). Para conocer la constitución de 1993, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
34. SÁNCHEZ, H. (1996) Metodología y diseño en la investigación científica, 2da edición, Lima, Editorial Mantaro.
35. SANGUÉS, N. (2014). Manual de Derecho Constitucional, Buenos Aires, Editorial Astrea.
36. SANTIAGO, C. (1992). Fundamentos de derecho constitucional, Editorial Astrea. Buenos Aires.
37. SOLA, J (2009) Tratado de Derecho Constitucional, Buenos Aires, Tomo III, Editorial la Ley.

38. SORACE, D. (2006) Estado y Servicio Público: Fundamentos, Lima, Palestra Editores.
39. TABORGA, H. (1982) Cómo hacer una tesis, 16va edición, México, Editorial Grijalbo.
40. VERGARA, A. (1986) Metodología de Investigación, 2da edición, Ayacucho, Editorial Unsch.
41. ZEGARRA VALDIVIA, D. (2005). El Servicio Público; Fundamentos, Lima Editorial Palestra.
42. ZELADA, J. (2014). Derecho Constitucional y Ciencia política, Editorial Corporación Gráfica Suiza, Lima.

HEMEROGRAFÍA

1. BOEHM, F. (2005). Corrupción y Captura en la Regulación de los Servicios Públicos, Revista de Economía Institucional, vol.7 N° 13 Bogotá Diciembre.
2. CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRATICO (1998) Diario de los Debates, Debate Constitucional Pleno 1993, Tomo III, Lima, Congreso de la Republica.
3. GARRIDO, F. (1994) El concepto de Servicio Público en el Derecho Español. Revista de Administración Pública N° 135, Madrid, setiembre-diciembre.
4. GUZMAN, C. (2002) Los entes reguladores en la Constitución, Revista Peruana Derecho Público N° 4, año 3, Lima, enero-junio, pp. 37-48, Editorial Grijley.
5. HURTADO, A (2013) Regulación de mercado. Caracas, El Universal.
6. KRESALJA, (1998) B. Revista Themis N° 39: El rol del Estado y la gestión de los Servicios Públicos, Lima, pp. 39-99.
7. PALACIOS, J (2011) Entrevista a Jorge Danós Ordóñez; Aspectos Generales de la Regulación de Servicios Público en el Perú. Revista Derecho & Sociedad N° 36, Año XXII, Lima, pp. 163-165.
8. PEREZ, R. y TÁVARA, J. (2009). Balance de la Investigación Académica en Regulación de Servicios Públicos – Economía Vol. XXXII, N° 63, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú.
9. REYNA. L. y VENTURA K. (2008). Los Servicios Público en el Perú. Una Visión Preliminar, Actualidad de los servicios públicos en Iberoamérica. Instituto

de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México UNAM.

10. RUBIO, P. (2013). Los derechos económicos sociales y culturales en el texto de la Constitución y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Revista de la Facultad de Derecho N° 71, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú.

11. VALENCIA, G. (2005) Los grupos de interés en la regulación de la industria eléctrica colombiana, Lecturas de Economía N° 62 Medellín Jan./June.

BASE DE DATOS ESTADISTICOS

1. OSIPTEL (2016) <https://www.osiptel.gob.pe/documentos/indicadores-estadisticos>, revisada el 17 de marzo del 2017.
2. INDECOPI (2015) Anuario de Estadísticas Institucionales, Gerencia de Estudios Económicos.

ANEXOS

Anexo N° 1

Entrevista N° 01:

Tema: La Protección Constitucional de los consumidores de servicios públicos en el Perú

Fecha y hora: 01 de marzo del 2016 siendo las 9:00 p.m.

Lugar: campus Universidad del Pacifico

Entrevistador: José Carlos Mallma Soto

Entrevistado: Dr. Herbert Tassano Velaochaga

Profesión: Abogado

Cargo del entrevistado: Presidente Ejecutivo del Indecopi

Tipo de preguntas: abiertas

Numero de preguntas: 7

Medio realizado: presencial

1. QUÉ OPINIÓN LE MERECE LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DEL CONSUMIDOR ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 65 DE LA CONSTITUCIÓN, A SU OPINIÓN REQUIERE ALGUNA MODIFICACIÓN? Considero que está bien redactado, por regla la Constitución no tiene que ser detallista. Lo que se requiere debe ser detallado por la Ley y el Código pero enmarcado en el espíritu de la Constitución. Se debe reconocer la vulnerabilidad del consumidor para ello está el Estado y las instituciones. Es correcta, en la Constitución no se deben desarrollar los temas, sino en las leyes, no la modificaría
2. ¿A PARTIR DE LA FÓRMULA DE DEFENSA DE LOS INTERESES Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR Y USUARIO QUE ESTABLECE LA CONSTITUCIÓN SE PROTEGE TAMBIÉN A LOS USUARIOS DE SERVICIOS PÚBLICOS? Claro que sí.
3. ¿CONSIDERA QUE EL CONSUMIDOR DE MERCADOS CON VOCACIÓN COMPETITIVA Y CONSUMIDOR DE MERCADOS REGULADOS DEBE TENER EL MISMO TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL Y LEGAL? En lo Constitucional si, en lo legal no, porque son mercados diferentes
4. ¿SOBRE LA AFIRMACIÓN QUE EN LOS MERCADOS COMPETITIVOS LA REGLA ES LA AUTORREGULACIÓN Y LA EXCEPCIÓN LA REGULACIÓN MIENTRAS QUE EN LOS MERCADOS REGULADOS LA REGULACIÓN ES LA REGLA Y LA AUTORREGULACIÓN LA EXCEPCIÓN, QUÉ OPINIÓN LE MERECE? Hay que evaluar cada mercado.
5. ¿A SU OPINIÓN EL SURGIMIENTO Y DESARROLLO DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR EN EL PERÚ SE DA COMO CONSECUENCIA DE LA ADOPCIÓN DEL LIBERALISMO ECONÓMICO O LA CRISIS DEL SERVICIO PÚBLICO? No necesariamente.
6. ¿UD. ESTÁ DE ACUERDO CON LA AUTONOMÍA CONSTITUCIONAL DE LOS ORGANISMOS REGULADORES O SOLO SU RECONOCIMIENTO

LEGAL? Sí, estoy de acuerdo con su autonomía constitucional y también de INDECOPI, en México existe autonomía constitucional del agente de la competencia.

7. ¿CONSIDERA QUE PARA LOGRAR LA AUTONOMÍA CONSTITUCIONAL DE LOS ORGANISMOS REGULADORES SE REQUIERE PREVIAMENTE EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL USUARIO DE SERVICIOS PÚBLICOS? El consumidor en el Perú ha surgido cuando debía surgir, es decir cuando las condiciones lo permitían de acuerdo al contexto económico.

Entrevista N° 02:

Tema: ¿Estado o mercado? El principio de subsidiaridad en la Constitución peruana

Fecha y hora: 30 de noviembre del 2015

Fuente: Diario La República

Entrevistador: Juan Álvarez

Entrevistado: Dr. Baldo Kresalja Roselló

Profesión: Abogado

Cargo del entrevistado: Ex Ministro de Justicia

Tipo de preguntas: abiertas

Numero de preguntas: 14

Medio realizado: presencial

1. ¿LA SUBSIDIARIEDAD ES UN PRINCIPIO QUE HACE MÁS HUMANO AL ESTADO? Mucho más humano. Limita al Estado, pero no le impide actuar; y fortalece a los llamados cuerpos intermedios, como son las organizaciones sociales en general. Como decía, en el Perú el debate se ha concentrado en el artículo 60, que incluye el principio de subsidiaridad, que dice que el Estado puede revisar subsidiariamente actividad empresarial, pero solamente mediante autorización del congreso.
2. ¿POR QUÉ PASÓ ESO? Porque esa ha sido una consecuencia natural del exceso de empresas estatales en el régimen anterior al año 90.
3. ¿PENSARON QUE UN MODO DE REVERTIR ESO ERA IR AL OTRO EXTREMO, QUE EL ESTADO NO INTERVENGA EN NADA? Generalmente la crítica al principio de subsidiaridad es, básicamente, desde el punto de vista político, de determinadas acciones políticas que le quieren dar mayor injerencia al Estado, pero olvidan el artículo 58, que da grandes facultades al Estado. No es que el Estado no puede intervenir, porque el Estado actúa –dice– principalmente en las áreas de la promoción del empleo, la salud, la educación, la seguridad, los servicios públicos y la infraestructura; es decir, en un montón de actividades.
4. ¿CUÁL DEBE SER EL ROL DEL ESTADO? Debe tener un rol subsidiario. Es como decir "si ustedes –una empresa, una cooperativa, una empresa privada, una organización– lo hacen bien, yo no tengo por qué intervenir; pero si ustedes no intervienen o intervienen mal, entonces yo debo intervenir. Por ejemplo, ante una empresa privada de agua y desagüe que actúa mal, el Estado debe intervenir. No por ser privada, una empresa va a ser buena.
5. ¿PERO AHÍ SURGEN LAS VOCES QUE PIDEN DEJAR TODO AL LIBRE MERCADO? Eso no es el principio de subsidiaridad. Nuestra Constitución reconoce a la Economía Social de Mercado, que es a la que me refiero en la parte final del libro; y reconoce también el Estado social y democrático, y al derecho del Tribunal Constitucional que le da al Estado grandes facultades de intervenir, algo que no se suele reconocer, pero que es así. Nada menos que el famosísimo ministro alemán de la economía social de mercado, Ludwig Erhard, dice que yo

no puedo conformarme con que el Estado sea un vigilante nocturno. El Estado no debe ser un vigilante nocturno.

6. ¿ES UNA UTOPIA EN EL PERÚ HABLAR DE ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO? No, no es una utopía, pero es una concepción que se aplica solamente a parte de la actividad, porque tenemos una altísima actividad informal –no legal, que son dos cosas distintas–. Informalidad no es ilegalidad necesariamente. Informalidad es no cumplir con determinados requisitos que, por supuesto, la ley puede exigir, pero no se está buscando necesariamente cometer un delito o una falta. Decía que cuando un país como el Perú tiene un alto porcentaje de actividad económica informal, eso no permite el establecimiento de una economía social de mercado íntegramente desarrollada.
7. ¿SE DEBEN PRIVATIZAR LOS SERVICIOS PÚBLICOS? No necesariamente. Depende de si es positivo o no. Imagínate el lío que hay en este momento con las AFP...
8. ¿A ESO IBA... ¿QUIÉN DECIDE SI ES POSITIVO O NO? Lo deciden las autoridades políticas, fundamentalmente. En mi opinión, se interpreta políticamente mal el artículo 58 y el artículo 60. Los ultraliberales no quieren leer el 58 y los extremistas intervencionistas realizan una lectura parcial del 60. Lo que dicen es falso, no existe. Este libro mío busca, justamente, equilibrar ese asunto.
9. ¿CUÁNTO DE LO QUE PASÓ EN 1992 CON EL AUTOGOLPE DE FUJIMORI, CUANDO SE EMPIEZA A HABLAR DE LIBRE MERCADO EN EL PERÚ DE UNA MANERA MÁS DIRECTA, AFECTÓ A ESE OBJETIVO POSITIVO QUE DEBERÍAMOS TENER COMO PAÍS? Yo creo que el gobierno de Fujimori, que tuvo algunos aciertos, en general destruyó la institucionalidad republicana; por eso soy un contrario a ese régimen. La destrucción de las instituciones es muy fácil, su reconstrucción es muy difícil en cualquier parte del mundo. Entonces la Constitución del 93 podría ser mejorada en gran medida, pero no se han hecho los intentos... no se ha querido hacer. Pero no solamente es un asunto de leyes. Las leyes son una parte del asunto. La otra parte más importante es la convicción democrática.
10. EL MERCADO ACTUAL COMO ESTÁ EN EL PERÚ, ¿PROTEGE AL CONSUMIDOR? Parcialmente.
11. ¿RESPONDIENDO A INTERESES DIFERENTES DE LOS DEL CIUDADANO? Por ejemplo, usted tiene en este momento, si lo comparamos con 30 años atrás, muchas más posibilidades como ciudadano de protegerse frente a un producto bamba. Hoy hay un sistema de protección, pero la pregunta es cuántos pueden acceder a ese sistema.
12. ¿OTRA VEZ ESTAMOS ANTE UN DILEMA DE TENER FRENTE A NOSOTROS A UN PERÚ FORMAL Y UN PERÚ REAL? Pero el Perú de las últimas décadas ha hecho un avance gigantesco en ese sentido. He recorrido todo el Perú y puedo decir que ha avanzado la alfabetización, las redes de hospitales... aunque el servicio no sea bueno.
13. MODERNOS HOSPITALES DEL ESTADO CON PACIENTES QUE, POR NO PODER SER ATENDIDOS AHÍ CON PREMURA, DEBEN IR A

HOSPITALES DEL SECTOR PRIVADO. ¿CÓMO APLICAR REALMENTE EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD? El principio de solidaridad es un principio fundamentalmente ético. El mercado no tiene consideraciones éticas en ningún lugar. El mercado no sirve para eso, pero la interpretación de las decisiones en el ámbito social y judicial puede incorporar el principio de solidaridad. Porque el principio de solidaridad es el que me lleva a determinar, por ejemplo, que el Estado debe intervenir en una actividad económica. Ante la pobreza extrema, una desatención mayúscula, una falta de alimentación en los niños, el principio de solidaridad me obliga a intervenir. Muchos de los programas sociales son, en la práctica, una intervención en la economía del país.

14. ¿PERO QUIENES CUESTIONAN ESA INTERVENCIÓN DEL ESTADO DICEN QUE SE ESTÁ ACOSTUMBRANDO A LOS POBRES A DEPENDER Y NO A SER PROMOTORES DE SU PROPIO DESARROLLO? En todos los países hay ayuda. Lo que sucede es que si usted lleva la ayuda a tal grado, en el sentido de que ya no hago nada por mí mismo para mejorar, sí podría ser perjudicial. Pero no siempre es ese el caso.

Entrevista N° 3:

Tema: Aspecto generales de la regulación de servicios públicos en el Perú

Año: 2011

Fuente: Revista Derecho & Sociedad N° 36

Entrevistador: Jorge Palacios Palacios y Jaqueline Terrel Taquiri

Entrevistado: Dr. Jorge Danós Ordoñez

Profesión: Abogado

Cargo del entrevistado: Ex Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo

Tipo de preguntas: abiertas

Numero de preguntas: 4

Medio realizado: presencial

1. ¿CUÁL ES EL MARCO LEGAL EN EL QUE SE HALLAN LAS FACULTADES REGULATORIAS DEL ESTADO EN EL PERÚ FRENTE AL RÉGIMEN JURÍDICO VIGENTE? Como producto de la reforma del rol del Estado en la economía operada en nuestro país desde inicios de la década de los 90 del siglo pasado, proceso respaldado por la Constitución de 1993, hemos pasado de un Estado que cumplía un rol protagónico como agente económico muchas veces bajo formas empresariales, a un Estado que atiende las necesidades públicas mediante la potestad regulatoria, es decir generando marcos legales sectoriales que regulan la actividad de los agentes económicos privados en la economía, sin interferir arbitraria o desproporcionada mente en sus decisiones. (...)
2. POR OTRO LADO, NUESTRA CONSTITUCIÓN SEÑALA UN CONCRETO RÉGIMEN ECONÓMICO QUE ES LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO, ¿CONSIDERA USTED, QUE DESDE EL DERECHO REGULATORIO TAL MANIFESTACIÓN GENERA ALGUNA CONSECUENCIA POSITIVA O NEGATIVA PARA EL DESARROLLO DE LA ACTIVIDAD REGULATORIA DEL ESTADO? EN TODO CASO, QUÉ IMPLICANCIAS TIENE PARA EL EJERCICIO DE LA MISMA? La jurisprudencia del Tribunal Constitucional que cumple el rol de supremo intérprete de la Constitución señala que la economía social de mercado constituye un principio constitucional que caracteriza un régimen económico de mercado pero con la posibilidad que el Estado utilice correctivos sociales para generar condiciones de igualdad de oportunidades. Dicho principio no pretende la total abstención del Estado o su desentendimiento de la economía, como tampoco postula que el Estado centralice todas o buena parte de las decisiones económicas porque el protagonismo en la economía corresponde a la iniciativa privada. Como ya hemos señalado, la jurisprudencia constitucional Peruana reconoce que una de las más funciones que debe cumplir el Estado en la economía es el ejercicio de la potestad regulatoria de las actividades económicas, velando porque la actividad económica privada se desarrolle sin afectar la salud, la

moral y las seguridades públicas, entre otros bienes jurídicos tutelados (art. 59°).

3. DEBIDO A LAS CARACTERÍSTICAS ECONÓMICAS DE NUESTRO PAÍS NO ES INUSUAL ENCONTRAR MONOPOLIOS NATURALES A LAS EMPRESAS EN CIERTOS SECTORES, COMO POR EJEMPLO LAS TRANSPORTADORAS DE GAS EN LAS REGIONES O TELEFÓNICA EN SU MOMENTO. ¿CÓMO AFECTA ESTA SITUACIÓN A LA CAPACIDAD REGULATORIA DEL ESTADO Y A SU FIN ÚLTIMO QUE ES LA SATISFACCIÓN Y BIENESTAR DEL CIUDADANO? Precisamente la regulación económica en sentido estricto es la técnica establecida en nuestro ordenamiento jurídico para que el Estado atienda los intereses de la colectividad en el ámbito de las actividades económicas que se desarrollan a través de monopolios naturales o en las que existen graves fallas del mercado que hacen difícil si no imposible que exista competencia entre las empresas operadoras que prestan servicios públicos. Dicha técnica de intervención estatal en la economía debe ser ejercida por organismos reguladores que requieren contar con autonomía técnica para adoptar decisiones equilibradas entre los diferentes intereses en juego, para lo cual debe garantizarse su neutralidad de los intereses políticos que solo pretenden aumentar su popularidad en el corto plazo sin interesarles el perjuicio para la estabilidad del servicio y su independencia de los poderes económicos privados que pretenderán incrementar sus beneficios a costa de los usuarios.
4. FINALMENTE, EN LA ACTUALIDAD OSIPTEL PUEDE ESTABLECER TARIFAS MÍNIMAS A LAS EMPRESAS DE TELEFONÍA. EN TAL SENTIDO, ¿CÓMO ENCAJARÍA ESTA SITUACIÓN DENTRO DEL MARCO LEGAL DE REGULACIÓN EN EL PERÚ? ¿SE TRATA DE UN CONTROL DE PRECIOS?

No, precisamente una de las más importante potestades comprendidas en la técnica de regulación económica (en sentido estricto) aplicable en el caso de actividades esenciales (servicios públicos) es que dado que los precios no se pueden generar en situaciones de competencia por el libre juego de la oferta y la demanda en el mercado porque se trata de actividades de carácter prestacional que requieren desarrollarse a través de infraestructuras que constituyen monopolios naturales, es la de determinar los precios (tarifas) que pueden cobrar los operadores de los servicios a los usuarios para impedir el abuso de la posición de dominio.

Para tal efecto, los organismos reguladores de servicios públicos y concesiones de infraestructura realizan estudios y análisis técnicos para determinar la tarifa que deberían cobrar las empresas operadoras en la hipótesis que existiera competencia, de modo que se les reconozca como mínimo los costos operativos, la recuperación de su inversión en plazos razonables y una rentabilidad adecuada. Las fórmulas tarifarias son muy variadas y depende de cada sector. Nuestro ordenamiento a (sic) previsto que el proceso de determinación de tarifas por los organismos reguladores tiene que realizarse a través de un proceso transparente que implica la realización de audiencias públicas. La determinación de tarifas de los servicios públicos realizadas con el exclusivo propósito de favorecer a los usuarios sin criterios técnicos generará a largo plazo que las empresas dejen de invertir disminuyendo la calidad de los servicios en perjuicio de los usuarios e

impedirá que se extienda los servicios a quienes no gozan de los mismos, así como la determinación que se realiza con el propósito de favorecer a las empresas perjudica enormemente a los usuarios que no pueden prescindir de dichas prestaciones esenciales.

Los reguladores de servicios públicos en la determinación de precios reguladores están constitucional y legalmente obligados a realizar sus funciones de manera equilibrada, tutelando a los usuarios pero sin perjudicar a las empresas operadoras, con la finalidad de garantizar la continuidad de la prestación de los servicios públicos que son actividades esenciales para la vida moderna y que forman parte de las condiciones materiales mínimas que el Estado debe procurar para que sus ciudadanos puedan ejercer los derechos reconocidos por la Constitución. Salvo las referidas situaciones de servicios públicos (carácter esencial) cuya prestación se realiza a través de infraestructuras que constituyen monopolios naturales (porque no es económicamente eficiente duplicarlas), en una economía social de mercado el Estado carece de la potestad para realizar control de precios porque los precios se deben formar en el mercado con el libre juego de la oferta y la demanda.

ANEXO 02: MATRIZ DE CONSISTENCIA

MAESTRIA EN: DERECHO

MENTIÓN: DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHOS HUMANOS

TÍTULO: “La Protección Constitucional del Consumidor de los Servicios Públicos Regulados en el Perú”.			MAESTRISTA: José Carlos Mallma Soto	
PROBLEMA	HIPOTESIS	OBJETIVOS	VARIABLES	METODOLOGÍA
PROBLEMA GENERAL: ¿Por qué los consumidores de los servicios públicos regulados requieren una protección especial en la Constitución Política del Perú? PROBLEMAS ESPECIFICOS: ¿En qué medida existe desprotección de los servicios públicos regulados en el actual marco constitucional? ¿Por qué se requiere un marco constitucional de protección que distinga entre consumidores de productos ordinarios y	HIPOTESIS PRINCIPAL: Las características singulares del mercado de servicios públicos regulados ameritan una protección especial en nuestra Constitución Política. HIPOTESIS SECUNDARIAS: Existe desprotección de los consumidores de servicios públicos regulados por que el actual marco constitucional aplica una igualdad en la ley a sujetos de derecho en desigualdad de condiciones. Un marco constitucional que distinga la protección de los	OBJETIVO GENERAL: Proponer un nuevo marco constitucional de protección de los consumidores de servicios públicos regulados en el Perú. OBJETIVOS ESPECÍFICOS: - Determinar la necesidad de protección especial de los consumidores de servicios públicos regulados. - Identificar las principales características del mercado de servicios públicos regulados en el Perú. - Proponer las reformas	Variable Independiente: Los servicios públicos regulados Variable Dependiente: La Protección Constitucional del Consumidor.	Tipo de Investigación: Socio- jurídica Método de investigación: Método funcional Instrumentos de Investigación: - Estudio de la literatura - Entrevista

<p>consumidores de servicios públicos regulados?</p> <p>¿En qué medida la constitucionalización de los organismos reguladores contribuirá a una mejor protección de los consumidores de los servicios públicos regulados?</p>	<p>consumidores de servicios públicos regulados de otros, reconocería la singularidad del mercado y las características propias del acto de consumo en los servicios esenciales para una mejor regulación constitucional y legal que evite los conflictos sociales de consumo.</p> <p>La constitucionalización de los organismos reguladores mejorará la protección de los consumidores de servicios públicos al garantizar la autonomía de estas entidades y evitar su captura por los grupos de interés.</p>	<p>constitucionales que posibiliten una protección adecuada de los consumidores de servicios públicos en el país.</p> <p>- Identificar y analizar los problemas y omisiones en la protección de los consumidores de servicios públicos regulados que presentan los regímenes económicos de la Constitución de 1979 y 1993.</p>	<p>- Información estadística</p>
---	--	--	----------------------------------